شرط الإحتفاظ بالملكية

دور الشرط فى عقد البيع، آثار الشرط فيما بين الأطراف وبالنسبة للغير والدائنين، الشرط كأداة ضمان ووسيلة إئتمان ، الطبيعة القانونية للشرط، أحكام الشرط فى ظل قانون التجارة الجديد

دكتور
محمد حسين منصور
استاذ القانون المدنى - كلية الحقوق جامعة الإسكندرية
المحامى بالنقض والإدارية العليا

2007

دار الجامعة الجديدة
٣٨ ش سوتير - الأزاريطة - ت : ٤٨٦٨٠٩٩




دار الجامعة الجديدة
٣٨ شارع سوتير ـ الأزاريطة
الإسكندرية تليفاكس : ٤٨٦٨٠٩٩
E-mail : darelgamaaelgadida@hotmail.com

شرط الإحتفاظ بالملكية

شرط الإحتفاظ بالملكية

دور الشرط فى عقد البيع ، أثار الشرط فيما بين الأطراف وبالنسبة للغير
والدائنين ، الشرط كأداة ضمان ووسيلة إئتمان ، الطبيعة القانونية للشرط ،
أحكام الشرط فى ظل قانون التجارة الجديد

دكتور
محمد حسين منصور
أستاذ القانون المدنى
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

2007

دار الجامعة الجديدة
٢٨ ش سوتير - الأزاريطة - الإسكندرية ت : ٤٨٦٨٠٩٩
E-mail : darelgamaaelgadida@hotmail.com

بطاقة الفهرسة

منصور ، محمد حسين

شرط الإحتفاظ بالملكية /محمد حسين منصور

ط ١ – الإسكندرية

دار الجامعة الجديدة ـ ٢٠٠٦

٤١٦ صفحة، ١٧ X٢٤

ردمك : ٢ـ٢٤٢ـ٣٢٨ـ٩٧٧

١ـ الملكية (قانون) ٢ـ حق الملكية

أـ العنوان ٣٤٦,٠٤

رقم الإيداع :٢٠٠٦/٥٤٩٧

ردمك : ٢ـ٢٤٢ـ٣٢٨ـ٩٧٧

• بسم الله الرحمن الرحيم •

قلِ اللهم فاطرَ السمواتِ والأرضِ عالمَ الغيبِ والشهادةِ أنتَ تحكمُ بينَ عبادكَ في ما كانوا فيهِ يختلفونَ ﴿٤٦﴾

صدق الله العظيم

الزمر ٤٦

مقدمــة

ينعقد البيع بمجرد تبادل التراضي بين البائع والمشتري. تنتقل ملكية المبيع كقاعدة عامة، إلي المشتري بمجرد انعقاد البيع ولو لم يتم تسليم المبيع أو دفع الثمن. يجوز الاتفاق علي تأخير نقل الملكية لحين الوفاء بكامل الثمن ولو تم تسليم المبيع. يحدث ذلك عادة في البيع مؤجل الثمن أو البيع بالتقسيط حيث يحتفظ البائع بملكية المبيع حتي يقوم المشتري بوفاء جميع أقساط الثمن. وهذا هو الشرط المعروف باسم شرط الاحتفاظ بالملكية.

يجمع الفقه والقضاء علي صحة الاحتفاظ بالملكية. استقر الشرط في العمل وأقره القضاء، دون نص، في ظل التقنين المدني القديم والقانون الفرنسي. تناول القانون المدني الجديد الشرط المذكور في المادة ١/٤٣٠ التي تنص علي أنه إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلي المشتري موقوفاً علي استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع. بالرغم من عموم النص إلا أن مجال تطبيقه – يكمن عملاً في بيع المنقول كالآلات والأجهزة والمعدات والمواد الإنتاجية والاستهلاكية، وبصفة عامة البضائع في المعاملات التجارية. لذا تقتصر دراستنا علي الشرط فى بيع المنقول المادي.

يثير شرط الاحتفاظ بالملكية بعض الصعوبات في العلاقة بين البائع والمشتري، سواء فيما يتعلق بالمركز القانوني للمبيع ومصير عناصر حق الملكية قبل الوفاء بالثمن، ومدي أحقية البائع في استرداد المبيع فى حالة

عدم استيفاء الثمن وإمكانية هذا الاسترداد من الناحية العملية. تبدو الصعوبة الحقيقية في حالة افلاس المشتري، ومدي أحقية البائع في التمسك بالشرط قبل جماعة الدائنين. رفض كل من القضاء الفرنسي والمصري نفاذ الشرط في هذه الحالة ، أى أن القضاء فضل مصلحة الجماعة علي مصلحة البائع انطلاقاً من مبدأ المساواة بين الدائنين وحماية الإئتمان الظاهري القائم علي وجود المنقول في حيازة المدين.

أدي موقف القضاء من الشرط إلي إضعافه والتقليل من فعاليته في أداء دوره كأداة ضمان، بصفة خاصة فى حالة الإفلاس كخطر داهم يهدد حق الدائن. عزف الأفراد، والموردون خاصة، عن الركون إلي الشرط في تعاملهم، وقلت، بالتالى، قيمته كعنصر إئتمان. تم اللجوء إلى الاحتفاظ بالملكية، بطريقة غير مباشرة، من خلال اضفاء وصف آخر علي العلاقة كالإيجار البيعى والتأجير الأئتماني. يرفض القضاء، غالباً مثل هذا الوصف، بل أن المشرع نفسه قد نص صراحة علي اعمال حكم البيع بالتقسيط علي العلاقة حتي ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً (م٤٣٠/٤). لذا ثار التساؤل عن مدي كفاية وجدوي الضمانات الاتفاقية الأخري المتعارف عليها إلى جانب الضمانات القانونية المقررة لضمان حق البائع.

يختلف الوضع في القانون الألماني حيث يتضمن التقنين المدني نصاً محدوداً في هذا الصدد، إلا أن شرط الاحتفاظ بالملكية تطور، في العمل وعلي يد القضاء، بصورة ملحوظة، واحتل مكانة هامة في مجال المعاملات وعلي صعيد الإئتمان. تعددت صور الشرط ومجالات اعماله وأصبح وسيلة فعالة لضمان حق البائع سواء قبل المشتري أو الغير، هذا

بالإضافة إلي قيمته الاقتصادية كأداة للحصول علي الإئتمان اللازم حيث يشكل، إلي جانب نقل الملكية والحقوق علي سبيل الضمان، جزءاً من مجموعة التأمينات التى ترد علي المنقولات دون حيازتها، أضفي كل ذلك علي الشرط المذكور، رغم مساسه الواضح بقواعد الإفلاس، دوراً فعالاً في تنشيط الحركة المالية حيث أصبح وسيلة إئتمان قوية لدي البنوك وحل، بالتالي، إئتمان المشتري محل إئتمان البائع. هذا بالإضافة إى نمو التبادل التجاري بإقبال الموردين علي إمداد المشروعات بكل ما يلزمها من مواد وبضائع، مع الاحتفاظ بملكيتها، مما يساعدها علي الخروج من عثرتها وتجنب الوقوع في الإفلاس. ولا يخفي تأثير ذلك علي الوضع الاقتصادى بصفة عامة.

تطلع المشرع الفرنسي إلي نظيره الألماني ونظرائه الآخرين فى سويسرا وبلجيكا وإيطاليا وإنجلترا، وتدخل لتقوية شرط الاحتفاظ بالملكية بقانون ١٢ مايو ١٩٨٠ مقرراً نفاذه قبل جماعة دائنى المشتري المفلس، وأصبح للبائع الفرنسي الحق فى المطالبة باسترداد المبيع، المحتفظ بملكيته الذي لم يستوف ثمنه، من بين يدي جماعة الدائنين بل والحصول علي ثمن المبيع أو المتبقي منه لدي الغير الذي اكتسب ملكيته من المشتري. لعل الرغبة في تنشيط الحركة الاقتصادية والنهوض بالمشروعات المتعثرة عن طريق الحصول على ما يلزمها من مواد وتصريف ما لديها من بضائع كان الدافع الأساسي للتعديل التشريعي الفرنسي، هذا إلي جانب حتمية مواكبة باقي التشريعات الأوروبية في طريقها إلى التوحيد.

تأثر المشرع المصري حديثاً بذلك ونص في قانون التجارة علي تقوية

هذا الشرط وقضي بنفاذه في مواجهة الغير والدائنين بشرط الاتفاق عليه كتابة وثبوت تاريخه[1].

يتضح من ذلك أن شرط الاحتفاظ بالملكية نموذج واضح للتأثير المتبادل والتداخل الشديد بين القانون والاقتصادي في العصر الحديث، والدور الذى تلعبه النظم القانونية على صعيد الإئتمان والنشاط الاقتصادي بصفة عامة. ويكشف الشرط المذكور أيضاً، عن الاتجاه نحو توظيف الملكية كوسيلة للضمان، بالإضافة إلى مفهومها الأساسي كحق عيني أصلي يخول صاحبه مكنات محددة، إزاء قصور نظم التأمينات التقليدية عن مواجهة مقتضيات التبادل التجارى من جهة وضمان حق البائع إزاء مخاطر إعسار أو إفلاس المشتري من جهة أخري. لعل تلك التطورات كانت الدافع وراء دراسة هذا الشرط لمعرفة دوره وأهميته وأحكامه في القانون المقارن ومدي إمكانية الاستفادة منها فى نطاق القانون المصري.

نقسم دراستنا فى هذا المقام، إلى أبواب ثلاثة: نعرض فى الباب الأول لآثار شرط الاحتفاظ بالملكية فيما بين المتعاقدين، ونبين في الثاني آثار الشرط بالنسبة للغير، ونتناول فى الثالث الطبيعة القانونية للشرط. ونستهل ذلك بفصل تمهيدي نعرض فيه لمفهوم الشرط من خلال بيان دوره في عقد البيع الإئتماني ومكانته بين ضمانات البائع فى استيفاء الثمن.

---

(١) حيث تنص المادة ١٠٦ من قانون التجارة رقم ١٧ / ١٩٩٩ على أنه :

١- إذا احتفظ البائع بملكية المبيع حتى أداء أقساط الثمن بأكملها اكتسب المشترى هذه الملكية بأداء القسط الأخير ويتحمل المشترى تبعة هلاك المبيع من وقت تسليمه إليه.

٢- مع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها فى باب الإفلاس لايكون شرط الإحتفاظ بالملكية نافذاً على الغير إلا إذا كان الشرط مدوناً فى ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ التى يتخذها الدائنون على المبيع.

فصل تمهيدى

دور شرط الاحتفاظ بالملكية في عقد البيع

إن عقد البيع من العقود الناقلة للملكية حيث يؤدي إلي نقل ملكية المبيع من البائع إلى المشترى مقابل ثمن محدد. والأصل أن عقد البيع من العقود فورية التنفيذ حيث يتم تنفيذ الإلتزام بنقل الملكية والإلتزام بدفع الثمن فور إبرام العقد، إلا أن حاجة المعاملات قد تضطر المشترى إلي إرجاء الوفاء بكل أو ببعض الثمن، الأمر الذي يضفي على البيع صفة إئتمانية تحمل فى طياتها مخاطر معينة بالنسبة لحق البائع فى الثمن الأمر الذى قد يضطره إلى إشتراط الاحتفاظ بالملكية كضمانة إتفاقية - بالإضافة إلي الضمانات القانونية - لاستيفاء حقه قبل المشترى ودائنيه.

لذا نقسم دراستنا في هذا الفصل إلي مبحثين، نعرض في الأول للعلاقة بين شرط الاحتفاظ بالملكية والبيع الإئتمانى، ونعرض فى الثانى لضمانات حق البائع فى استيفاء الثمن.

المبحث الأول
شرط الاحتفاظ بالملكية والبيع الإئتمانى

نعرض فى البداية لنقل الملكية في عقد البيع بصفة عامة، ثم نبين طبيعة البيع الإئتماني وصوره التي تتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية صراحة أو ضمناً.

المطلب الأول
نقل الملكية فى عقد البيع

البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي (م٤١٨ مدني)[١]. يتضح من ذلك التعريف أن البيع عقد معاوضة ملزم للجانبين حيث يرتب التزامات متبادلة علي عاتق طرفيه، فالبائع يلتزم بنقل ملكية الشيء أو الحق المالي مقابل التزام المشتري بدفع الثمن. يرد البيع علي الملكية، فهو يؤدى إلي نقل الملكية أو يرتب إلتزاماً بنقلها[٢].

---

(١) قارن المادة ١٥٨٢ فرنسي التي تقضي بأن البيع هو إتفاق يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين بتسليم شئ والأخر بدفع ثمنه.

Bloch P., L'obligation de transferer la propriété dans la Vente. R.T.D. Civ 1988.673.

(٢) السنهوري، الوسيط، جـ٤، طبعة نادي القضاة١٩٨٦ ص٥١٩ .

وتنص المادة ١٥٨٣ فرنسي علي أن الملكية تنتقل الي المشتري بحكم القانون في مواجهة البائع

-/-

تنتقل ملكية المنقول المعين بالذات بحكم القانون إلى المشتري بمجرد إبرام عقد البيع (م٢٠٤ مدنى). أما المنقول المعين بالنوع فلا تنتقل ملكيته بمجرد التعاقد بل يتوقف ذلك علي إفراز المبيع. (م٢٠٥/١ مدني). وبالنسبة للعقارات لا تنتقل ملكيتها سواء فيما بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا بالتسجيل(١). مؤدي ذلك أن إنتقال الملكية يتم أحياناً بمجرد العقد ويتوقف فى بعض الأحيان علي القيام بأعمال تمهيدية لازمة لهذا الإنتقال.

فعقد البيع من العقود الرضائية التى تتم بمجرد التراضي بين أطرافها دون حاجة إلي إجراء آخر. لم يعد لبيع عقداً عينياً يتوقف إنعقاده علي تسليم المبيع، بل ينعقد ويرتب آثاره بتبادل الإيجاب والقبول، وتتمثل تلك الآثار في الإلتزامات المتبادلة علي عاتق كل من البائع والمشتري، حيث يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع وبتسلميه وبالضمان، ويلتزم المشترى بالوفاء بالثمن وبتسلم المبيع.

والأصل أن يتم انعقاد البيع وتنفيذ الإلتزامات الناشئة عنه في وقت واحد

- بمجرد الإتفاق علي الشئ وعلي الثمن، ولو لم يكن الشئ قد سلم فعلاً، أو لم يكن الثمن قد دفع فعلاً منه.

تم إدخال هذا المبدأ بتأثير فقهاء القانون الكنسي، بخلاف الحال في القانون الروماني حيث كان عقد البيع يرتب مجرد الإلتزام بالتسليم وبدفع الثمن، أما نقل الملكية فكان يلزم له إجراءات مستقلة كالإشهاد والتنازل القضائي والقبض. إنظر تفصيل ذلك:

R.Juan, Bohomone, Le transfert des risques dans la Vente de meubles corporels, thèse dact, Montpellier, 1978, P.107.

انظر مؤلفنا في أحكام البيع، الإسكندرية ٢٠٠١ .

(١) م٩٣٤ مدني، م٩ من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ .

وبمقتضي تصرف واحد، بل إن الإلتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه فوراً بمجرد العقد إذا كان المبيع منقولاً معيناً بذاته. ويعلق المشرع أحياناً تنفيذاً هذا الإلتزام علي القيام بإجراء معين[١]، وتؤدي حاجة المعاملات فى بعض الأحيان إلى الاتفاق علي تأخير تنفيذ بعض الإلتزامات أو إلتزام معين، وهذا يعبر عنه بالبيع الإئتماني.

المطلب الثانى

البيع الإئتمانى

(أ) تعريف:

البيع الإئتماني هو بيع عادي ينعقد صحيحاً ومن شأنه ترتيب آثاره كاملة، إلا أن أ حد الأطراف يأتمن الآخر علي أرجاء تنفيذ التزام ما لفترة محددة لسبب أو لآخر، أى أنه يتم الاتفاق بين الأطراف علي أرجاء أحد الإلتزامات بغية تحقيق هدف معين، فقد يتفق الأطراف علي أرجاء دفع الثمن أو جزء منه لأجل أو لآجال محددة [٢]، أو إرجاء تسليم المبيع لحين الحصول عليه أو لحين استكماله، أو أرجاء تنفيذ نقل الملكية لحين استيفاء الثمن.

---

(١) كالتسجيل بالنسبة لعقد البيع الوارد علي العقار، والافراز بالنسبة لبيع المنقول المعين بنوعه ولا يعني ذلك بطبيعة الحال شكلية البيع في هذه الحالات لأن الاجراء المطلوب هنا غير لازم لإنعقاد التصرف، بل يلزم لترتيب أثر معين أو الإحتجاج به علي الغير.

وأنظر بالنسبة للقانون الفرنسي : F.Goré, le transferet de la propriété dans les Ventes de choses de genre, D.1954. P. 175.

(2) Michel de Juglart, Benjamin Ippolito, Droit Commercial, Paris 1975, T.4, P.523. H., L et Mazeaud, Leçons de Droit Civil (par M. Juglart) 4eme éd., T.3, n922.

فالبيع الإئتماني بيع موجود وصحيح، والأصل فيه أنه منجز، إلا أنه يتضمن اتفاقاً علي تأجيل تنفيذ التزام أحد المتبايعين. يوجد البيع الإئتماني فى كل حالة لا يتعاصر فيها تنفيذ الإلتزامات المتولدة عنه، فإذا تأخر تنفيذ أحد هذه الإلتزامات كان البيع إئتمانياً بالنسبة للطرف الدائن بهذا الإلتزام يكون البيع إئتمانياً بالنسبة للبائع إذا كان التزام المشترى بسداد الثمن مؤجلاً، كله أو بعضه، علي الرغم من تسليم المبيع. ويكون البيع إئتمانياً بالنسبة للمشتري إذا كان التزام البائع بتسليم المبيع مؤجلاً علي الرغم من قيام المشتري بسداد كل أو بعض الثمن [1]، نفس الحكم إذا كان الإلتزام المؤجل التنفيذ هو الإلتزام بنقل الملكية.

يتضح من ذلك أن البيع الإئتماني يوجد كلما إئتمن أحد الطرفين الاخر، أيا كان محل هذا الإئتمان، حيث تكمن الحكمة من اعتبار البيع إئتمانياً وراء التنفيذ الآجل أو المستقبل للإلتزام وما يحيط ذلك من مخاطر محتملة. إن عقد البيع، بطبيعته، عقد فوري التنفيذ، تتولد آثاره كاملة بمجرد انعقاده صحيحاً مستوفياً أركانه وشروطه، إلا أنه يجوز لأطرافه الاتفاق علي تأجيل تنفيذ بعض آثاره فيصبح بذلك عقداً إئتمانياً نظراً للثقة التى يوليها الطرف الأول الذى قام بتنفيذ إلتزامه للطرف المدين بالإلتزام المؤجل وما ينطوي عليه ذلك من مخاطر.

(ب) أهمية البيع الإئتمانى:

تطور البيع الإئتماني تطوراً ملحوظاً فى العصر الحديث وإزدادت أهميته

(١) إبراهيم دسوقي أبو الليل، البيع بالتقسيط والبيوع الإئتمانية الأخري، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٤، ص١٧ .

علي كل من الصعيد الاقتصادي والقانوني حيث احتل مكانة بارزة في معاملات الأفراد والمؤسسات سواء فى مجال الإنتاج أو في مجال الاستهلاك. فقد أدي تداخل العلاقات الاقتصادية وثقل حجمها النقدي إلي إزدهار فكرة الإئتمان كوسيلة لمواجهة العجز المؤقت عن الوفاء بالإلتزام الذي يتطلب جهداً ووقتاً اضافياً، لذا تزايد اهتمام التشريعات الحديثة بتنظيم البيع الإئتماني الذى أسفر العمل عن تطبيقات وصور عديدة له وما يستتبع ذلك من مشاكل ومسائل متعددة الجوانب(١).

فالبيع الإئتماني ينطوي بلا شك علي فوائد جمة بالنسبة لكل من المدين والدائن، حيث يتمكن الأول من قضاء حاجياته رغم ضعف إمكانياته، ويتمكن الثاني من مضاعفة عملياته التعاقدية ونشاطه الاقتصادي، ولكن الأمر ينطوي من جهة أخري علي كثير من المخاطر حيث قد يتورط الفرد، أمام إغراء الإئتمان في العملية التي تفوق إمكانياته وتوقعاته مما يعرضه للتقاعس عن الوفاء بإلتزاماته والمساس بذلك بحقوق الدائن الذي يحاول الاحتياط، في هذا الشأن، من خلال الحصول علي أكبر قدر ممكن من الضمانات لحقوقه (٢). لذا يحرص المشرع عند تنظيم البيع الإئتماني علي شمول أحكامه لمصالح كل من

(١) Bouloc, Les prolbèmes juridiques et financiers posés par la Vente à Crédit, R. int. de droit Comparé, 1973, P. 617.

(٢) Raymond, la protection des Consummateurs dans les ventes à crédit, Gaz. Pal, P. 8,9, et 10 nov. 1978.

Gavalda, L'information et la protection des Consummateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, D. 1978, P.189.

الدائن والمدين بالإئتمان بل والغير الذي قد يؤثر علي حقوقه أو مركزه القانوني[1].

(جـ) البيع الإئتمانى والبيع الموصوف:

ينبغي تمييز البيع الإئتماني عن البيع الموصوف ونقصد بذلك البيع المعلق علي شرط أو البيع المضاف إلي أجل.

البيع الإئتماني بيع موجود ويرتب آثاره كاملة إلا بالنسبة للإلتزام المؤجل التنفيذ، وهو فى هذا يختلف عن البيع المعلق علي شرط واقف حيث يتوقف وجود العقد نفسه علي تحقق الشرط، فإذا تخلف الشرط انمحي البيع ويعتبر كأن لم يكن منذ البداية [2].

ويختلف البيع الإئتماني عن البيع المعلق على شرط فاسخ حيث يعتبر

---

(١) مثال ذلك المشرع الفرنسي الذي أصدر القانون ٧٨-٢٢ في ١٠ يناير ١٩٧٨ المتعلق بإعلام وحماية المستهلك في مجال الإئتمان الخاص ببيع المنقولات وأداء الخدمات، والقانون رقم ٧٩-٥٧٦ في ١٣ يوليو ١٩٧٩ المتعلق بإعلام وحماية المفترض في المجال العقاري والقانون رقم ٨٠-٣٣٥ في ١٢ مايو ١٩٨٠ المنظم للبيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية. وانظر في أمثلة أخري للتشريعات المقارنة:

K.H. Neumayer, La vente è crédit, R. inter: dr. Comp. 1973, P.601.

وبالنسبة للقانون المصري صدر القرار بقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ المنظم للبيع بالتقسيط ثم بالمادة، ١٠٦ من قانون التجارة، هذا بالإضافة الي نص المادة ٤٣٠ من القانون المدني.

(٢) مثال ذلك قضاء النقض بأنه متي كان البيع معلقاً علي شرط واقف هو رسو مزاد الأطيان الواردة به علي البائع في جلسة المزايدة وكان هذا الشرط قد تخلف برسو المزاد في تلك الجلسة علي شخص آخر غير البائ فإنه يترتب علي ذلك عدم إنعقاد البيع وإعتباره كأن لم يكن. نقض ١٩٦٢/١/١١ مجموعة أحكام النقض س١٣ ص٤٩ .

موجوداً ونافذاً إلاأنه مهدد بخطر الزوال بمجرد تحقق الشرط، فإذا تخلف الشرط يصبح البيع تاماً غير معرض للزوال.

ويقترب البيع الإئتماني من البيع المضاف إلي أجل واقف في أنه موجود وصحيح، ويكمن الفارق بينهما فيما يتعلق بالنفاذ، فالبيع الأول يكون موقوفاً فقط بالنسبة للإلتزام مؤجل التنفيذ، أما البيع الثاني فلا يكون نافذاً بالنسبة لكل ما يترتبه من آثار. ويختلف البيع الإئتماني، بطبيعة الحال، عن البيع المضاف إلى أجل فاسخ حيث يكون موجوداً ونافذاً بكامله إلا أنه مؤكد الزوال عند حلول الأجل[1].

فالبيع المعلق علي شرط يتوقف، كلية، فى وجوده وزواله علي تحقق الشرط أو تخلفه، أما البيع الإئتماني فهو ليس بيعاً شرطياً وإنما هو بيع عادي ينعقد باتاً بمجرد اتفاق البائع والمشتري علي المبيع وثمنه، وكل ما في الأمر أنه ينطوي علي اتفاق بتأجيل تنفيذ أحد الإلتزامات إلي وقت محدد أو تحقق واقعة معينة. فالبيع الإئتماني لا يعتبر معلقاً علي شرط أو مضافاً إلي أجل، بل هو بيع منجز، والمعلق علي الشرط أو المضاف إلى الأجل هو تنفيذ الإلتزام وليس نشوءه أو انعقاد البيع، وفي هذا يختلف البيع الإئتماني عن البيع الذى يكون بذاته وبرمته مضافاً إلي أجل، أى مؤجل التنفيذ.

(١) انظر مؤلفنا في، أحكام الإلتزام، الإسكندرية ٢٠٠٣ .

المطلب الثالث

صور البيع الإئتمانى

يكشف التعريف السابق للبيع الإئتماني عن إمكانية تعدد صوره وتطبيقاته فى الحياة العملية. ونكتفى فى هذا الصدد بالإشارة إلي أهم تلك الصور، وبصفة خاصة تلك التي تتضمن صراحة شرط الاحتفاظ بالملكية أو تعد تعبيراً بديلاً عن الشرط المذكور، وهي: البيع بالتقسيط، البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية، البيع المؤجل التسليم، البيع الإيجاري، التأجير الإئتماني(١).

وتقتصر دراستنا لتلك البيوع علي القدر الذى يخدم موضوعنا الأصلي أى علي بيان البيوع التى يرد فيها شرط الاحتفاظ بالملكية ومدي كفايته في تحقيق الإئتمان بالنسبة للبائع والوسائل البديلة التى يتكشف عنها الواقع العملي.

الفرع الأول

البيع لأجل أو البيع بالتقسيط

(أ) مفهوم:

لعل الصورة الغالبة والتى تتبادر إلى الذهن عند الحديث عن البيع الإئتماني تتمثل في البيع لأجل أو البيع بالتقسط حيث يتم الاتفاق على إمهال المشتري في دفع الثمن لأجل معين أو علي هيئة أقساط فى آجال محددة. فالبيع يمكن أن يكون مؤجل الثمن حيث يتم الاتفاق على سداده

(١) Teyssie B., Les groupes de Contracts, L.G.D.J. 1975, P. 15.

دفعة واحدة عند حلول الأجل. ويشيع ذلك بين التجار: فالمصنع يبيع منتجاته لتاجر الجملة بالأجل ويقوم هذا الأخير بتوزيع تلك البضاعة على تجار التجزئة بالأجل علي أن يسدد البائع بالتجزئة إلي بائع الجملة الثمن بعد بيع السلعة إلى المستهلكين. ويقوم تاجر الجملة بدوره بالوفاء بالثمن إلى المصنع. أما البيع بالتقسيط فيتم توزيع الثمن فيه علي دفعات دورية سنوية أو شهرية مثلاً، وينتشر بين التجار والمستهلكين في مجال السلع المعمرة كالأدوات الكهربائية والأثاث والسيارات والمعدات والأجهزة.

(ب) القانون القديم:

نظراً لشيوع وأهمية البيع بالتقسيط علي الصعيدين الاقتصادى والقانوني تحرص معظم الدول علي تنظيمه بتشريعات خاصة[1]. نظم المشــرع المصري، في البداية البيع بالتقسيط بالقرار بقانون قم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧. يواجه القانون المذكور البيوع التجارية أى تلك التي تتم تعبيراً عن ممارسة نشاط تجاري من قبل مؤسسات متخصصة أو أفراد من التجار، ومن ثم لا يدخل فى ذلك البيع بالتقسيط الذى قد يتم عرضاً بين الأفراد العاديين. ويقتصر التنظيم علي البيع الوارد علي المنقولات المادية دون العقار والمنقولات المعنوية [2].

---

(1) E.Cerxhe et A. Danse, La Vente a temperament et son financement dans le marché Commun, Travaux de la fculté de droit de Numur, 1970.

Martin D., La defense du Consommateur à Crédit, R.D. comm. 1977. P. 619.

(٢) مع أنه من الممكن أن يرد البيع بالتقسيط علي المحل التجاري وهو من المنقولات المعنوية.

=/=

وقد فرض القانون السابق بعض القيود والإلتزامات علي عاتق كل من يحترف البيع بالتقسيط واشترط شكلاً معيناً لإتمام هذا البيع وبعض الأحكام الخاصة بشروط التقسيط. والهدف من كل ذلك هو حماية المستهلك، إلا أنه من جهة أخري، رغبة في ضمان حق البائع في استيفاد الأقساط، حظر تصرف المشترى فى المبيع دون إذن البائع قبل سداد الثمن(١).

(جـ) التنظيم الحديث:

نظم قانون التجارة الحديث البيع بالتقسط، حيث تضمن بعض الأحكام الخاصة لحماية المستهلك من جهة وضمان حق البائع من جهة أخري:

١- إذا لم يدفع المشتري أحد أقساط الثمن المتفق عليه فلا يجوز الحكم بفسخ البيع إذا تبين أنه قام بتنفيذ خمسة وسبعين فى المائة من الثمن.

٢- في حالة الحكم بفسخ البيع يجب أن يرد البائع الأقساط التي قبضها بعد استنزال ما يعادل أجرة الإنتفاع بالمبيع، بالإضافة إلى تعويض عن التلف الذى لحقه بسبب الاستعمال غير العادي، ويقع باطلاً كل اتفاق علي تحميل المشتري التزامات أشد من ذلك.

= هنا يطبق القانون رقم ١٩٤٠/١١ الخاص ببيع ورهن المحال التجارية الذي يتضمن احكاماً خاصة بإمتياز بائع المحل التجاري وبحقه في فسخ عقد البيع، وقد إستمدت هذه الأحكام من تلك المنظمة لضمانات بائع العقار حيث يجب شهر الإمتياز ودعوي الفسخ حتي يمكن الإحتجاج بهما علي الغير.

(١) والا تعرض للعقوبة الجنائية المقررة حيث تقضي المادة ٤٥ من نفس القانون بمعاقبة من يتصرف في الشئ قبل الوفاء بكامل الثمن بالحبس مدة لا تزيد علي ثلاثة شهور والغرامة التي لا تتجاوز مائة جنيه أو إحدي هاتين العقوبتين.

٣- الاتفاق علي حلول الثمن بأكمله عند عدم دفع أحد الأقساط في ميعاد استحقاقه لا يكون نافذاً إلا إذا تخلف المشتري عن دفع قسطين متتاليين علي الأقل.

٤- لا يجوز للمشتري التصرف في المبيع قبل أداء الأقساط بأجمعها إلا بإذن مكتوب من البائع، وكل تصرف يجريه المشتري بالمخالفة لهذا الحكم لا يكون نافذاً في حق البائع إذا أثبت علم المتصرف إليه وقت إجراء التصرف بعدم أداء الثمن بأكمله.

وللبائع عند تصرف المشتري فى المبيع قبل أداء أقساط الثمن بأكملها بغير إذن منه أن يطالب المشتري بأداء الأقساط فوراً.

٥- يعاقب المشتري عند مخالفة الحكم السابق بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدي هاتين العقوبتين، وتأمر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها ولو بعد صيرورة الكم باتاً[١].

(١) م١٠٥، ١٠٧ من قانون التجارة رقم ١٧/١٩٩٩ . ويجوز للبائع الإحتفاظ بملكية المبيع كما سلري . ويسرى على هذه الجريمة حكم المادة ١٨ مكرر (أ) من قانون الإجراءات الجنائية.

الفرع الثانى
البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية

(أ) ماهية الشرط:

يقترن البيع بالتقسيط، غالباً، بشرط الاحتفاظ بالملكية، حيث يحتفظ البائع بالملكية ضماناً لاستيفاء كامل الثمن المؤجل. تقضي القواعد العامة بانتقال ملكية المبيع إلي المشترى بمجرد إبرام العقد. ينشئ البيع التزاماً علي عاتق البائع بنقل الملكية إلى المشتري، وينفذ هذا الإلتزام بمجرد العقد وبقوة القانون إذا كان البيع وارداً علي منقول معين بالذات، ويعلق تنفيذ هذا الإلتزام علي الأفراز بالنسبة للمنقول المعين بالنوع والتسجيل بالنسبة للعقار. ويتم تنفيذ الإلتزام بنقل الملكية بصرف النظر عن تنفيذ المشتري التزامه بدفع الثمن، فتخلف المشتري عن الوفاء بالثمن الواجب الأداء فوراً لا يمنع انتقال ملكية المبيع ولو لم يتم تسليمه، حقاً أن البائع يمكنه حبس المبيع والامتناع عن تسليمه إلى حين استيفاء كامل الثمن، إلا أن ملكية المبيع المحبوس تكون للمشتري[١].

ونظراً لأن القواعد السابقة المتعلقة بنقل ملكية المبيع لا تتعلق بالنظام العام يجوز للمتبايعين الاتفاق علي أرجاء نقل الملكية إلي أجل محدد ينطوى هذا الاتفاق، غالباً، علي إبقاء الملكية للبائع وعدم إنتقالها للمشتري إلا بعد سداده لكامل الثمن. يلعب شرط الاحتفاظ بالملكية، في هذه الحالة، دوراً تأمينياً هاماً لاستيفاء ثمن المبيع، ويكون البيع، في هذا الفرض،

---
(١) أنظر مؤلفنا في أحكام البيع السابق.

إئتمانياً بالنسبة لكلا الطرفين، فالبائع يأتمن المشتري علي الثمن، ويأتمن المشتري البائع علي الملكية[1].

يختلف البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية عن مجرد البيع بالأجل الذى يقتصر علي إضافة الإلتزام بدفع الثمن إلى أجل معين، حيث يقوم هذا البيع على ثقة البائع فى المشتري لأن نقل الملكية يتم بداية استقلالاً عن الوفاء بالثمن. أما البيع الأول فلا يتضمن هذه الثقة حيث يربط البائع نقل الملكية بالوفاء بالثمن. ومن ثم يتم تنفيذ الإلتزام بنقل الملكية فى وقت لاحق علي إبرام البيع هو وقت سداد كامل الثمن.

ولا يقتصر دور شرط الاحتفاظ بالملكية علي الدور التأميني السابق بل يمكن أن يتضمنه العقد لأسباب عديدة ومتنوعة، كمن يبيع محلاً تجارياً مع الاحتفاظ بملكيته لمدة معينة حتي يضمن عدم تصرف المشتري فى المحل لشخص أجنبي تخشي منافسته. والهبة المستترة فى صورة بيع حيث يحتفظ الواهب بملكيته للعين لمدة يخشي فيها سوء تصرف الموهوب له فيها. ومن يبيع شيئاً مقابل إلتزام المشتري بأداء أعمال وخدمات معينة ويحتفظ بملكية المبيع الوقت اللازم لإنجاز هذه الأعمال[2]. والبيع الذى يشترط فيه البائع إيراداً مرتباً مدي الحياة ويحتفظ فيه بملكية

---

(١) Zampou Téné-Boukari, La reserve de propriété dans les Ventes à Crédit Contribution à la garantie du Crédit mobilier par la propritété, thèse, Strasbourg, 1984, P. 25.

(٢) لا نكون بصدد بيع بالمعني الدقيق حيث يلزم لإعتبار العقد بيعاً أن يكون البدل نقدياً. ويمكن أن يتضمن الإتفاق ثمناً نقدياً روعي في تقديره الخدمات المتفق عليها. وإذا إقتصر الإتفاق علي تقديم الخدمات كمقابل فإننا نكون بصدد عقد معاوضة غير مسمي.

الأرض المبيعة حتى يضمن بذلك أن يوفر له المشترى أسباب المعيشة[١].

وإذا كان الغالب فى العمل أن شرط الاحتفاظ بالملكية يرد في عقد البيع، فليس هناك ما يمنع من ورود الشرط المذكور في أي اتفاق اخر ناقل للملكية. مثال ذلك الشريك الذى يحتفظ بملكية الحصة المقدمة في الشركة[٢] لفترة يضمن فيها جدية باقي الشركاء فى الوفاء بالتزاماتهم.

(ب) مشروعية الشرط:

لم تعد مشروعية شرط الاحتفاظ بالملكية محل جدل أو نقاش فى الفقة الحديث أو القانون المعاصر[٣].

تردد البعض فى البداية أمام صحة شرط الاحتفاظ بالملكية حيث يترتب عليه وجود المال في يد من لا يملكه، فيظل بذلك الغير الذى يعتقد أنه مالك ويتعامل معه علي هذا الأساس بينما هو غير مالك[٤].

---

(١) ويجب الإشارة في هذا المقام الي الفرض الذي يكون البائع غير مالك للمبيع وقت البيع ويتفق مع المشتري علي تأخير نقل الملكية أن يحصل هو عليها. هنا نكون بصدد تأخير نقل الملكية الي أن يحصل البائع هو عليها من المالك الحقيقي. السنهوري جـ٤ ص٥٢٨ . ويري سيادته أننا أمام تعليق لنقل الملكية علي شرط الحصول عليها. والواقع أن الامر لا يتعلق، في هذه الحالة بشرط الإحتفاظ بالملكية إلي لأن البائع هنا غير مالك للمبيع. ومن ثم لا يمكن القول بأنه يحتفظ بملكية الشئ بينما هو لا يمتلكه أصلاً.

(٢) وتتمثل حصة الشريك في هذه الحالة في الإنتفاع بالمال المقدم (م٥٠٨، ٥١١/٢ مدني).

(3) Cerexhe E. et Danse A., Vente à Temperament et son financement dans le marché Commun, Bruxelles, 1970, T.1, P.40.

(٤) انظر في الإشارة الي هذا الإتجاه سليمان مرقس، ص١٠٧، ابراهيم دسوقي أبو الليل ص٢٧٥ هامش٥٩٣

ولعل الاعتراض الواضح علي شرط الاحتفاظ بالملكية جاء إستناداً إلي الفقه الإسلامي حيث استنتج البعض من هذا الفقه منافاة الشرط المذكور لمقتضي عقد البيع الذى من شأنه، عند انعقاده مستوفياً شروط صحته ونفاذه ولزومه - أن ينقل الملك في الحال من البائع إلى المشترى(١).

وحقيقة الأمر أن الفقه الإسلامي يميز بين أمرين: الأول اشتراط البائع عدم تصرف المشترى فى المبيع مطلقاً. الثاني، إشتاط البائع عدم تصرف المشتري في المبيع حتي يعطى الثمن المؤجل. فالشرط فى الحالة الأولى مخالف لمقتضي العقد بإجماع الفقهاء ويقع باطلاً(٢). أما فى الحالة الثانية فالقاعدة أنه إذا أورد الشرط لمسوغ مشروع كضمان الوفاء بالثمن وقع صحيحاً(٣).

(١) عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق ص١٢١، إبراهيم دسوقي أبو الليل ص٢٧٦ والفقه المشار اليه.

(٢) لدي المالكية، فقد جاء في بداية المجتهد لأبن رشد جـ٢ ص١٣٤ أنه «... وأما ان اشترط معني في البيع ليس ببر مثل الا يبيعها فذلك لا يجوز عند مالك، وقيل عنه البيع مفسوخ وقيل بل يبطل الشرط فقط». ونفس الحكم لدي الشافعية حيث جاء في المهذب جـ١ ص٢٦٨ «... فإن شرط ما سوي ذلك من الشروط التي تنافي مقتضي العقد، بأن باع عبداً بشرط ألا يبيعه أو لا يعتقه... بطل البيع».
ويري البعض فساد الشرط، مثل الحنفية، حيث جاء في الشرح الكبير علي المقنع جـ٤ ص٥٥ «... والثانية الشرط الفاسد، وهو مذهب أبي حنيفة، لأنه شرط ينافي مقتضي العقد اشبه ما لو شرط الا يبيعه. والفقه الحنبلي حيث جاء فى المغني جـ٤ ص ٢٨٦ «.... الرابع إشتراط ما ينافي مقتضي العقد ...» مثل أن يشترط إلا يبيع ولا يهب ولا يعتق... فهذه واشباها شروط فاسدة». ونفس القول لدي إبن تيمية. إنظر في كل ذلك السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي جـ٣ ص١٥٠ وما بعدها.

(٣) بوضوح لدي المالكية حيث جاء في الخطاب جـ٤ ص٣٧٣ «... سئل مالك عن رجل باع عبداً أو غيره وشرط علي المبتاع أنه لا يبيع ولا يعتق حتي يعطي الثمن، قال لا بأس بذلك لأنه بمنزلة الرهن اذا كان اعطاء الثمن لاجل مسمي» انظر في ذلك السنهوري نفس المرجع ص ١٦٠.

أجاز القانون المدني صراحة الشرط المذكور بنصه فى المادة ١/٤٣٠ علي جواز اشتراط البائع أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً علي استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع. جاء النص المذكور مسايراً لما كان يجرى عليه القضاء منذ زمن قديم في ظل القانون المدني السابق[١]. ويستقر شرط الاحتفاظ بالملكية فى القوانين المعاصرة نظراً لما يحققه من مصالح اقتصادية مشروعة من جهة ولعدم مخالفته للنظام العام من جهة أخرى، ذلك أنه من المقرر جواز الاتفاق علي تعليق انتقال الملكية على شرط معين أو تأجيل هذا الانتقال لأجل محدد[٢]، حيث أن تحديد وقت انتقال الملكية بالعقد أمر لا يتعلق بالنظام العام.

(جـ) مجال الشرط:

إن شرط الاحتفاظ بالملكية عام التطبيق يمكن اللجوء إليه في كل من بيع المنقولات والعقارات. ويكمن المجال الغالب للشرط المذكور في بيع المنقولات المادية بالتقسيط حيث تنتقل ملكيتها إلى المشتري بمجرد العقد

---

(١) السنهوري جـ٤ ص٢١٨ .

(٢) ولا يجوز أن تكون الملكية موقوتة أي مقترنة بأجل فاسخ (أجل توقيت)، لأن الملكية اذا إنتقلت تنتقل علي وجه الدوام ولا تنتقل مؤقتة. عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق ص١١٩، وانظر له أيضاً: الأجل في الإلتزام، القاهرة١٩٦٤ . والملكية وان كانت مؤبدة بحسب الاصل إلا أنها قد تكون مؤقتة أحياناً كما هو الشأن في ملكية المباني المقامة علي أرض الغير.
قارن السنهوري حيث يري أن الإتفاق علي تأخيرنقل الملكية ليس اتفاقاً علي أجل تنتقل بعده الملكية، بل هو إتفاق علي شرط يعلق إنتقال الملكية الي حين تحققه. ذلك أن الملكية تستعصي طبيعتها علي أن تقترن بأجل، فالأجل يجعلها مؤقتة والملكية حق دائم لا يلحقه التوقيت. الوسيط جـ٤ فقرة ٢٣٦ .

ولو لم يتم دفع الثمن، لذا يحرص البائع علي أرجاء هذا الأثر ضماناً لاستيفاء حقه.

يختلف الأمر بالنسبة للعقار حيث يستطيع البائع الوصول إلي نفس النتيجة من خلال الامتناع عن القيام بالإجراءات اللازمة لتسجيل البيع، ذلك أن التسجيل إجراء لا غني عنه لنقل ملكية العقار، وغالباً ما يتم الاتفاق بين المتبايعين علي أرجاء التسجيل لحين الإنتهاء من سداد الثمن(1). وهذا الاتفاق ضروري لتقوية مركز البائع فى مواجهة المشترى الممتنع عن دفع الثمن، حيث لا يمكن لهذا الأخير أن يلجأ لدعوي صحة ونفاذ عقد البيع لأن شرط قبول هذه الدعوى هو أن يكون التزام البائع نفسه نافذاً وألا يكون محقاً فى امتناعه عن التنفيذ.

حقاً أن البائع يستطيع، ولو لم يوجد اتفاق علي تعليق التسجيل علي سداد الثمن، التمسك بجميع الدفوع التى تتعارض مع طلب المشترى إثبات صحة ونفاذ البيع بما فى ذلك التمسك بالإمتناع عن التنفيذ لعدم قيام المشتري بتنفيذ التزامه بالوفاء بالثمن(2)، ولكن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ يخضع، في حالة عدم وجود اتفاق، كما هو معلوم، لمبدأ وجوب مراعاة حسن النية فى التنفيذ الذى عبرت عنه المادة ١٤٨/١ مدني. ومن ثم لا

---

(١) لاشك ان هذا الإتفاق يغني عن شرط الإحتفاظ بالملكية حيث يقود لنفس الهدف. بل يمكن القول، تجاوزاً بأن مثل هذا الإتفاق يعد تعبيراً مغايراًعن الشرط المذكور.

(٢) نقض ١٩٧٥/٥/٢١ المجموعة س٢٦ ص١٠٤٠ وقد جاء فيه أنه متي كان من الثابت أن الحكم المطعون فيه قد قضي برفض دعوي صحة التعاقد المرفوعة من الطاعن إستناداً الي أنه لم ينفذ التزامه بدفع الثمن، فلا يحق له مطالبة المطعون ضدهم بتنفيذ إلتزامهم بنقل الملكية.

يجوز التمسك بهذا الدفع فى حالة ما إذا كان ما لم يتم تنفيذه من الإلتزام المقابل قليل الأهمية بالنسبة لما نفذ منه[١].

وعلى ذلك إذا لم يكن هناك اتفاق صريح علي ربط التسجيل بالإنتهاء من دفع كل الثمن أو اتفاق علي شرط الاحتفاظ بالملكية، فإن البائع لا يستطيع الامتناع عن إتمام إجراءات التسجيل فى حالة ما إذا كان الجزء المتبقى من الثمن قليل الأهمية بالنسبة للجزء المدفوع منه.

ويندر اللجوء إلي شرط الاحتفاظ بالملكية في بيع المنقولا المعينة بالنوع ذلك أن ملكية تلك المنقولات لا تنتقل إلى المشتري بمجرد العقد بل يلزم الإفراز، وغالباً ما يعلق البائع ذلك الإجراء على استيفاء حقوقه. وبفرض قيام البائع بإفراز المبيع وتسليمه قبل قبض كل الثمن، فإنه يلجأ إلى وسائل أخري لضمان حقه دون شرط الاحتفاظ بالملكية الذي لا يتفق غالباً وطبيعة هذه المنقولات نظراً لتماثل وحداتها وإمكان الحصول عليها دائماً من الأسواق وهي غالباً ما تكون أشياء قابلة للاستهلاك ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له، في استهلاكها مادياً أو قانونياً[٢]، كالطعام والوقود والحبوب والمنسوجات، ومن ثم يتناف شرط الاحتفاظ بالملكية مع الغرض الذى من أجله حصه عليها المشترى.

---

(١) نقض ١٩٦٦/٥/١٠ المجموعة س١٧ ص١٠٤٠ وقد جاء فيه أنه يجب ألا يساء إستعمال الدفع بعدم التنفيذ، فلا يباح للعاقد أن يتمسك به ليمتنع عن تنفيذ إلتزامه اذا كان ما لم ينفذ من الإلتزام المقابل ضئيلاً لدرجة لا تبرر إتخاذ هذا الموقف الذي لا يكون متفقاً مع ما يجب توافره من حسن النية.

(٢) انظر مؤلفنا في نظرية الحق الإسكندرية ٢٠٠٢ .

ومن المتصور كذلك ورود شرط الاحتفاظ بالملكية بصدد بيع الحقوق الذهنية كحق المولف والملكية الفنية والصناعية، كمن يبيع الحق في براءة الاختراع مع الاحتفاظ بملكيته لضمان استيفاء حقوقه(١). ولعل التطبيق البارز فى هذا المجال يتمثل في بيع المحل التجارى، وهو منقول معنوى، مع الاحتفاظ بملكيته (٢).

وينبغي ملاحظة الأحكام الخاصة لنقل الحقوق المعنوية حيث يتطلب القانون إجراءات معينة لهذا الإنتقال. تعبر المادة ٨٦ مدنى عن ذلك بقولها: الحقوق التي ترد علي شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة. لعل تأخير إتمام إجراءات نقل الحق المعنوي يعد الضمانة الكافية للبائع لاستيفاء حقوقه قبل المشتري مما يغنيه عن شرط الاحتفاظ بالملكية الذى يقل وجوده فى هذا النوع من البيوع.

يتضح من كل ما سبق أن المجال الخصب لشرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع المنقول المعين بالذات وهو ما سوف يكون محور دراستنا.

(١) تنتقل ملكية براءة الإختراع بمجرد العقد، الا أن هذا الإنتقال لا يكون حجة علي الغير إلا من تاريخ التأشير بالتنازل في سجل البراءات (م٣/٢٨ من قانون ١٣٢/١٩٤٩). ونفس الحكم بالنسبة للمرسوم والنماذج (م٤٢ من نفس القانون وم ٦٧ من اللائحة التنفيذية). إنظر تفصيل ذلك. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية.

(٢) والجدير بالذكر ان الكتابة لا تلزم لإنعقاد أو بيع المحل التجاري، إلا أنها تلزم لنشأة امتياز البائع (المادة الأولي من القانون ١١/ ١٩٤٠)، نقض ١٥/٤/١٩٥٤ المجموعة س٥ ص٧٧٤ . ونظراً لأن تنظيم شرط الإحتفاظ بالملكية في القانون الفرنسي يقتصر علي بيع المنقول المادي، فإن المحل التجاري كمنقول معنوي لا يمكن أن يكون محلاً للشرط المذكور حتي فيما يتعلق بالعناصر المادية التي تدخل فيه.

Limoges, 7 Nov. 1988, R.D. Banc. 1989. 142, ob.

Dekeuwer-Defossez Ripert et Roblot, op.cit., n3161.

الفرع الثالث

البيع المؤجل التسليم

الأصل أن عقد البيع يولد في ذمة البائع التزاما بتسليم المبيع، وهذا الإلتزام يترتب بمجرد العقد ولو لم ينص عليه فيه[1]، إذ تقضى المادة ٢٠٦ مدني بأن الإلتزام بنقل حق عيني يتضمن الإلتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتي التسليم. وتنص المادة ٤٣١ مدني علي أن يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشترى بالحالة التى يكون عليها وقت المبيع. ويقوم الإلتزام بالتسليم ولو كان الثمن مؤجلاً ما لم يتفق علي غير ذلك، ولا يقدح فى ذلك أن يكون المبيع عقاراً ولم يتم تسجيل العقد[2].

يجوز للأطراف الاتفاق علي تأجيل تسليم المبيع لفترة ما ولسبب معين كسداد كل أو جزء من الثمن أو الوقت الكافي لإعداد وتجهيز المبيع، فالبيع هنا يكون إئتمانياً بالنسبة للمشترى الذى يقوم بدفع الثمن دون استلام المبيع[3]. ولعل التطبيق الواضح لذلك هو بيع الأشياء المستقبلة. فمن الجائز

---

(١) نقض ١٦/٦/١٩٨٧ طعن رقم ٩٤٩ س٥٤ ق (مجلة القضاة س٢١، العدد الأول ص٩٠).

(٢) نقض ٣/٥/١٩٨٣ المجموعة س٣٤ ص١١١٦ - نقض ٢٣/٦/١٩٨٧ طعن رقم ٢٥٣١ س٥٢ق (مجلة القضاة ص٩٤).

(٣) واذا كان الثمن هو بدوره مؤجلاً كالتسليم، فإننا نكون بصدد بيع إئتماني بالنسبة للطرفين. وينبغي تمييز ذلك عن الحالات التى نكون فيها بصدد بيع معلق علي شرط أو مضاف الي أجل أو مجرد وعد بالبيع بحسب الأحوال . مثال ذلك الإتفاق علي شراء محصول أرض قبل نضجه، بسعر الوحدة أو جملة، فالبيع هنا يكون علي شرط واقف هو مجرد المبيع مستقبلاً أياً كان قدره.

لعل الصورة المثالية للبيع الإئتماني من جانب المشتري هو بيع السلم في الشريعة الإسلامية وهو «بيع شئ غير موجود بالذات بثمن مقبوض في الحال، علي أن يوجد الشئ ويسلم للمشتري في أجل معلوم». السنهوري جـ٤ ص٢٧٩ .

أن يرد البيع علي شيء يوجد فى المستقبل حيث تقضي المادة ١٣١/١ مدني بأنه يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئاً مستقبلاً. ويشترط لصحة البيع فى هذه الحالة أن يكون الشيء المتعاقد عليه موجوداً وقت التعاقد أو قابلاً للوجود مستقبلاً(١).

ومن أهم تطبيقات البيع مؤجل التسليم لوروده علي شيء مستقبل بيع صاحب المصنع منتجاته قبل إتمام صناعتها كبيع الإثاث المنزلي وعقد تشييد السفن وبيع المباني تحت الإنشاء. لا تنتقل ملكية المبيع في هذه الحالة بمجرد العقد بل أثر تحقق وجوده، حيث من المقرر أن الملكية تنتقل في بيع الشيء المستقبل عندما يكون جاهزاً لتسليمه إلى المشتري. فإذا كان المبيع عقاراً تحت التشييد، فإن الملكية تنتقل بمجرد إتمام البناء بشرط تسجيل العقد (٢).

---

(١) ويبطل البيع إذا كان المبيع غير موجود أصلاً ولا يمكن وجوده في المستقبل، ونفس الشئ اذا قصد المتعاقدان أن يقع البيع علي شئ موجود فعلاً إلا أنه ينبني علي وجوده وقت التعاقد حتي ولو أمكن وجوده في المستقبل. السنهوري جـ٤ ص٢٤٤ .
ويقدر الثمن إما بسعر الوحدة أو الجملة. كالبيع الوارد علي محصول الأرض قبل جنيه.

(٢) ويجوز الإتفاق علي أن يتملك المشتري الشئ المصنع أولاً بأول حتي يمكنه، في حالة إفلاس المصانع وتوقفه عن العمل، الإستيلاء علي الاشياء تحت التصنيع بدلاً من الدخول كدائن عادي في مزاحمة باقي الدائنين. H.. L., J Mazead, op.cit, n925
وبصدد شراء العقار تحت التشييد يعرف القانون الفرنسى الى جانب البيع حسب الحالة المستقبلة، صورة أخرى هى البيع لأجل فى المادة ١٦٠١ / ٢ مدنى وهو ؛ العقد الذى يلتزم بمقتضاه البائع بتسليم العقار عند الإنتهاء من بنائه ويتعهد المشترى باستلامه ودفع الثمن عند التسليم. ويتم انتقال الملكية بقوة القانون بتحرير ورقة رسمية تثبت الإنتهاء من البناء وتنتقل الملكية بأثر رجعى من تاريخ ابرام العقد ، محمد المرسى زهرة بيع المبانى تحت الإنشاء ١٩٨٧ ، ص ٦٤٠ . أنظر مؤلفنا في المسئولية المعمارية، الإسكندرية ٢٠٠٢ .
Dagot M., La Vente d'immeuble a construire, Litec, 1983. P. 105.

الفرع الرابع

البيع الإيجاري

(أ) تعريف:

يفضل البائع، أحياناً، إفراغ العلاقة التعاقدية التى تربطه بالمشتري، لمدة محددة، في صورة رابطة إيجارية، أى أنه يتم إخفاء البيع في صورة عقد إيجار، ويسمي البيع إيجاراً، وهذا ما يطلق عليه في الفقه البيع الإيجاري أو الإيجاري الساتر للبيع[١].

يظهر البائع، في هذا الاتفاق، كالمؤجر. ويبدو المشتري كالمستأجر. يتراضي الطرفان علي إنتقال الشيء محل التعاقد إلي المستأجر (المشتري) مباشرة للإنتفاع به، ويحتفظ البائع بملكيته حتى يستوفي الثمن المؤجل أو المقسط كاملاً. وتوصف الأقساط المستحقة بأنها أجرة وليست ثمناً. يتفق المتعاقدان علي إنتقال ملكية العين إلي المستأجر تلقائياً بمجرد وفائه لكل الأقساط المحددة كثمن للمبيع. وحتي يحكم الطرفان ستر البيع يتفقان، في بعض الأحيان، على أنه يجوز للمستأجر، في نهاية مدة الإيجار، وبعد سداد الأقساط السابقة، أن يعلن رغبته في تملك الشيء ويدفع في سبيل ذلك

---

(١) السنهوري جـ ٤ ص ٢٢٥ H., L. et Mazead, op. cit, n. 923
Thuillier Hugues. Location-Vente. Encyclope`die Dalloz Civil, VI
أنظر مؤلفنا فى أحكام الإيجار الإسكندرية ٢٠٠٣ .

مبلغاً إضافياً، ويمثل هذا المبلغ الجزء المتبقى من الثمن بعد الأقساط المدفوعة[1].

ويجدر الإشارة إلى أن البيع الإيجاري يتضمن، غالباً شرطاً مقتضاه، أنه إذا تخلف المستأجر عن الوفاء بأى قسط جاز للمؤجر فسخ العقد واسترداد العين مع الاحتفاظ بما قبضه أما لكونه مقابل إنتفاع أو تعويضاً عن الفسخ.

(ب) الحكمة منه:

يعد البيع الإيجارى وسيلة اتفاقية لضمان حق البائع فى استيفاء الثمن، فهو طريقة غير مباشرة لإحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يستوفى حقه قبل المشتري، ويلجأ إليه البائع بدلاً من شرط الاحتفاظ بالملكية للأسباب الاتية:

أولا: يحتفظ المشتري بالعين بوصفه مستأجراً، ومن ثم يحظر عليه التصرف فيها قبل الوفاء بالثمن المؤجل أو الأقساط المتفق عليها، وإذا خالف هذا الحظر اعتبر تصرفه خيانة أمانة يقع تحت طائلة قانون العقوبات (م٣٤١) وتوقع عليه عقوبة التبديد، ذلك أن عقد الإيجار من عقود الأمانة. ولا يعتبر البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية من هذه العقود.، ومن ثم لا يؤدي تصرف المشتري فى المبيع إلى تعرضه للعقوبة المذكورة، إلا أنه يمكن أن يتعرض للعقوبة الواردة بالمادة ١٠٦ من القانون ١٧ لسنة ١٩٩٩ إذا كنا بصدد بيع بالتقسيط[2].

---

(١) السنهوري جـ٤ ص٢٢٥ .

(٢) انظر ما سبق ص ٢٢ .

ثانيـا : يستطيع البائع باعتباره مؤجراً، عند تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن أو الأقساط المحددة، فسخ العقد والاحتفاظ بما قبضه بوصفه أجرة استحقها مقابل انتفاع الطرف الاخر بالعين. أما فى البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية، فإن البائع يلتزم من حيث المبدأ، في حالة الفسخ، برد ما تقاضاه من ثمن ما لم يتضمن الاتفاق شرطاً صريحاً يستبقي البائع بمقتضاه كل أو بعض ما تم تحصيله علي سبيل التعويض عن الفسخ. ويعد هذا الشرط شرطاً جزائياً ومن ثم يخضع، من حيث تقديره وتناسبه مع الضرر الواقع، لتقدير القاضي حيث يستطيع تخفيضه طبقاً للفقرة الثالثة من المادة ٤٣٠ مدني[١].

ثالثـا : يظل البائع، بصفته مؤجراً، محتفظاً بملكية العين ومن ثم يمكنه استردادها من الطرف الآخر عند عدم وفائه بأقساط الثمن. ويستطيع المؤجر التمسك بحقه كمالك وأن يتذرع بما يخوله من ميزه التقدم والتتبع لكي يحول دون تنفيذ دائنى الطرف الاخر علي العين واستردادها من التفليسة، وهو يأمن بذلك إفلاس المشترى قبل الوفاء بالثمن[٢]. ويمكـن

(١) «تجيز المادة ان يشترط البائع، في حالة عدم سداد الأقساط وفسخ البيع تبعاً لذلك، أن يستبقي الاقساط المدفوعة (وهي جزء من الثمن) علي سبيل التعويض، إلا أن المشرع كيف هذا الإتفاق بأنه شرط جزائي، وأجاز تخفيضه تطبيقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن، حتي يمنع التعسف الذي يقع في هذه الأحوال. فقد يحدث أن البائع يكون قد إستوفي أكثر الأقساط، ثم يفسخ البيع لعدم إستيفاء ما بقي منها، ويحتفظ بكل الأقساط التي إستوفاها، وفي هذا عنت علي المشتري يستطيع القاضي أن يدفعه إذا خفض الشرط الجزائي وقضي بأن يرد للبائع بعض هذه الأقساط. وغني عن البيان أن البائع يستطيع، بدلاً من المطالبة بفسخ البيع، أن يطالب بتنفيذ العقد، فيقتضي من المشتري ما بقي في ذمته من الأقساط». المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي. مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٤٩ .

(٢) Planiol et Ripert, Traité pratique de droit Civil, 2eme éd. T.X, n17-Douai, 30 Juillet 1987, R.proc. Coll. 1988. 304.

وإذا هلك الشئ بسبب أجنبي في يد المشتري، فإنه يهلك من مال البائع، السنهوري جـ٤ ص٢٢٦ .

للمؤجر أن يتتبع العين فى يد أى شخص كان ما لم يكن يجوز لذلك الشخص أن يحتمي بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية[1].

أما فى حالة شرط الاحتفاظ بالملكية فإن البائع لا يمكنه المطالبة بالفسخ واسترداد المبيع، ولا يكون له سوي حق التقدم فى التفليسة باعتباره دائناً عادياً، ذلك أن المبيع يدخل هنا ضمن أصول المفلس، ولا ينظر القضاء إلى مصلحة البائع فى الاسترداد لأن دائنى المشتري عولوا علي المبيع الموجود فى حيازته كعنصر من عناصر ضمانهم العام[2].

(جـ) تكييف العقد:

ثار الخلاف فى الرأى حول تحديد طبيعة العقد موضوع البحث، خاصة وأنه من المقرر أن العبرة في تكييف العقود هي بحقيقة الواقع والنية المشتركة التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين دون اعتداد بالألفاظ التى استخدماها أو بالتكييف الذى اسبغاه علي العقد، وإن التعرف علي ما عناه الطرفان من المحرر موضوع الدعوي هو مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع إلا أنه متي استخلصت المحكمة ذلك فإن التكييف القانوني الصحيح لما قصده المتعاقدان وانزال حكم القانون علي العقد هو مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض[3].

(١) سليمان مرقس ص١٠٧ . وانظر تفصيل كل ذلك ما يلي ص١٦٩ .

(٢) انظر في ذلك ما يلي ص ١٠٥ .

(٣) نقض ١٩٦٢/١٢/١٣ المجموعة س١٣ ص١١٤٠، نقض ١٩٧٢/٣/٩ المجموعة س٢٣ ص٢٧٦، وعقد عبرت محكمة النقض عن الخلاف المتقدم بقولها: أن تكييف العقد هو بيع أو إيجار يتبع فيه قصد المتعاقدين، وتستخلص محكمة الموضوع هذا القصد مستهدية بنصوص

-/-

ذهب اتجاه إلى أن مثل هذا العقد يعتبر فى ذات الوقت إيجاراً معلقاً علي شرط فاسخ وبيعاً معلقاً على شرط واقف، وأن الشرط واحد فى العقدين وهو قيام المشترى بالوفاء بجميع الأقساط. فإذا تحقق الشرط بوفاء الأقساط انفسخ الإيجار وأنتج البيع أثره بأثر رجعي أي تنتقل الملكية إلى المشتري من وقت العقد. وقبل تحقق الشرط يكون الإيجار نافذاً والبيع موقوفاً. وإذا تخلف الشرط لا ينعقد البيع ويعتبر كأن لم يكن منذ البداية، وينفسخ الإيجار مع احتفاظ المؤجر بالأقساط التى حصلها باعتبارها أجرة مستحقة عن مدة لانتفاع المنقضية(١).

يصعب قبول هذا الاتجاه لأنه يضفى علي العقد وصفين متناقضين فى ذات الوقت، حيث يصعب اعتبار العقد إيجاراً وبيعاً فى ان واحداً نظراً لإختلاف طبيعة كل من العقدين، والقول بتحويل الاتفاق إلى بيع أو إلى إجارة حسب الظروف يعد أمراً مخالفاً للقواعد العامة فى التعاقد(٢).

- العقد فقضت بأن التكييف القانوني للعقود المصطلح علي تسميتها في فرنسا بإسم Location-Vente لايزال موضوع خلاف بين المحاكم والفقهاء. فإذا إعتبر قاضي الموضوع عقداً من هذا القبيل عقد بيع، مستهدياً في ذلك بنصوص العقد ومستظهراً منها حقيقة قصد المتعاقدين وقت التعاقد بحيث لم يقع منه تحريف لأي نص من نصوصه ولا مسخ لحكم من أحكامه، بل كل ما فعل إنما هو تغليب لمعني من المعاني الواردة به علي معني آخر، فإن محكمة النقض لا تستطيع سوي إقرار ما ذهب إليه (نقض جنائي ١٩٣٤/٥/٢١ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم٢٠٦).

(١) بني مزار الجزئية ١٩٣٩/١١/٨ المحاماة س٢٠ ص١٠٣٢، إستئناف مختلط ١٩١٣/٤/٣٠ م٢٥ ص٣٥٠- ١٩١٦/٤/٢٦ م٢٨ ص٢٧٨ .

(٢) إسماعيل غانم ص ٣٥، منصور مصطفي منصور ص٢٢ .

H., L., J Mazeaud, op.cit, n923- Ripert et Roblat et Roblat, Traité, elementaire de droit Commercial, 7eme éd . T. 1n 2519.

يري الفقه الفرنسي فى البيع الإيجارى أنه إيجار مقترن بوعد بالبيع، هذا الوعد قد يكون ملزماً للجانبين: المؤجر والمستأجر. وقد يكون ملزماً لجانب واحد هو المؤجر حيث يجوز للمستأجر أن يبدي رغبته فى شراء العين الموجرة خلال مدة الإيجار. فالمؤجر يظل مالكاً للعين طوال مدة الإيجار وإلي أن يعلن المستأجر رغبته فى تملكها[1].

ينبغي التفرقة، في الواقع، بين البيع الإيجاري والإيجار المقترن بوعد بالبيع، ذلك أن الأول تتجه فيه إرادة الأطراف حقيقة إلى البيع منذ البداية ومن ثم تكون الأجرة المعلنة هي في حقيقتها أقساط الثمن التى تتناسب مع قيمة العين[2] وبالوفاء بالأقساط (التى قد يضاف إليها مبلغ رمزي) تنتقل ملكيتها إلى المستأجر (المشترى) منذ بداية العقد. أما بالنسبة للإيجار المقترن بوعد بالبيع فإننا نكون بصدد إيجار ابتداء وبيع إنتهاء فى حالة إبداء المستأجر رغبته فى الشراء، وتنتقل الملكية إليه من وقت ظهور الرغبة وليس بأثر رجعي من وقت الإيجار[3].

---

(1) Ripert et Bounalger, op.cit, n. 2436
Thuillion, Location-Vent, Encyclopedie Dalloz Civil, 111, n. 12
Roderie et Rives-Lange, Droit bancaire, Paris 1980, P. 411 note 2.

(٢) وقد قضي تطبقاً لذلك بأنه إذا وصف عقد بأنه تأجير سيارة مع خيار المستأجر في مشتراها ونص فيه على أن يدفع المستأجر نصف الأجرة مقدماً والنصف الباقي مقسطاً فى مواعيد معينة بحيث يكون للمستأجر عند إنتهاء مدة الإجارة ودفع باقي الاقساط المتفق عليها أن يختار شراء السيارة بثمن محدد، فإن هذا العقد يعتبر مخفياً بيعاً إذا تبين ان الأجرة المبينة به لا تتناسب مطلقاً مع الخدمات التي قد تؤديها السيارة للمستأجر المذكور وانها في الواقع ليست الا أقساطاً من ثمن المبيع وان الثمن المحدد في الوعد بالبيع ثمن لا يتناسب مطلقاً مع قيمة المبيع بحيث لا يمكن إعتباره ثمناً حقيقياً (استئناف مختلط ١٩/٢/١٩٣٠ المحاماة س١١ ص٧٦٩).

(٣) السنهوري. جـ٤ ص٢٣٠ وانظر إشارته الي الخلاف حول تكييف العقد ص٢٢٧ هامش ١ .
Lancereau P. les Contrats de la location Vente de location assorite d'une..promesse de Vente el la loi du 14 Juill. 1979, R.D. Immob. 1980.22.

وقد أحسن المشرع المصري بحسمه الخلاف في هذه المسألة بنص صريح حيث قضي فى المادة ٤/٤٣٠ بأن أحكام البيع بالتقسيط تسري علي العقد ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً. وعلى ذلك فإن البيع ينعقد باتاً لا موقوفاً علي شرط ويرتب، من حيث المبدأ، آثاره كاملة.

يتمثل جانب الإئتمان فى البيع الإيجارى فى تأجيل الثمن من جهة وتعليق انتقال الملكية علي هذا الوفاء من جهة أخري. وبالوفاء بالثمن تنتقل الملكية إلي المشتري بأثر رجعي أى منذ إبرام البيع. وهكذا يعتبر البيع الإيجاري، من حيث الأصل، بيعاً بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية، ما لم تتجه بوضح إرادة الأطراف إلي إبرام عقد إيجار حقيقة وفعلاً، مع اقتران هذا العقد بوعد بالبيع يرخص للمستأجر الحق فى تملك العين المؤجرة إذا ما رغب فى ذلك. ويخضع هذا العقد لأحكام الإيجار دون البيع ولا ينسحب عليه حكم الفقرة الرابعة من المادة ٤٣٠[1].

---

(١) ابراهيم دسوقي أبو الليل ص٣١٦، ويفضل الفقيه تسمية العقد الأخير بالإيجار البيعي وليس بيعاً إيجارياً حيث ان الإيجار يكون مقصوداً أصلاً من الطرفين إلا أنه يمكن أن يتحول الي بيع بناء علي رغبة المستأجر.

الفرع الخامس

التأجير الإئتمانى (أو التمويلى)[1]

(أ) مفهوم:

يعد عقد التأجير الإئتمانى أحد الوسائل الحديثة لمنح الإئتمان، فهو وسيلة تمويل مستحدثة احتلت مكانة مرموقة فى الأسواق المالية لإمداد المشروعات الصناعية والتجارية بالتجهيزات والأدوات اللازمة[2].

ويتمثل فى اتفاق تقوم بمقتضاه مؤسسة مالية بشراء أموال معينة، عقار أو منقول، ويغلب أن تكون تجهيزات وأدوات، ثم تقوم بتأجيرها للمستفيد نظير أجرة دورية، علي أن يكون له الخيار عند نهاية مدة الإيجار بين تملكها مقابل ثمن معين أو إعادة استئجارها أو ردها إلى المؤسسة الممولة[3].

ويتم ذلك عملاً فى أن صاحب عمل يكون فى حاجة إلى منقول أو عقار لاستغلاله في مشروعة لكنه لا يمتلك رأس المال اللازم لشرائه أو لا يرغب فى تجميد رأس المال لهذا الغرض، فيتوجه إلى مؤسسة مالية متخصصة

---

(١) ويطلق عليه بالفرنسية Credit-bai، وبالإنجليزية Leasing وقد بدأ ظهور هذا العقد في - الولايات المتحدة، ودرج إستعمال اللفظ الأخير نظراً لصعوبة ترجمته.

Champaud, La loi du 2 Juill. 1966 sur le Crédit-bail, J.C.P. 1966.1.2021.

وتجري دراسته في الفقه العربي تحت مسمي التأجير التمويلي أو الإيجار الإئتماني. هاني دويدار. دروس في العقود التجارية والعمليات المصرفية، الإسكندرية ١٩٩١ ص١١١ .

(٢) انظر مؤلفنا في ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة، الإسكندرية ١٩٩٠ .

(3) Calais-Auloy, Encyclopedie Dalloz Commercial, Cerdit-bail, leasing, 11, 1981, n.5.

لتمويل العملية. يقوم صاحب العمل بنفسه، بعد توقيع عقد التأجير الإئتماني، باختيار الشيء موضوع العقد، وتقوم المؤسسة المالية بالدفع وتظل محتفظة بملكية الشيء ويستفيذ صاحب العمل منه بوصفه مستأجراً له لفترة طويلة نسبياً مقابل أجرة معينة، ويكون المستأجر، في نهاية الفترة بالخيار بين أمور ثلاثة: رد الشيء، تجديد استئجاره، شراءه بثمن محدد يراعي فيه المبالغ التي تم دفعها كأقساط إيجار. يتضح من ذلك أن عملية التأجير التمويلي تنطوي علي جوانب ثلاثة: تمويل عملية شراء الشيء، الاحتفاظ بملكيته علي سبيل الضمان، الانتفاع به.

أطراف هذا الاتفاق، في الأصل، ثلاثة: الشركة المؤجرة أى المالكة التي تقوم بشراء الأشياء، البائع أو المورد أو الصانع لها، المستأجر الذى يقوم باستغلالها، ويمكن أن تنطوي العملية علي أربعة أطراف: مؤسسة مالية تقوم بتمويل شراء الشيء محل العقد لصالح المؤجر الذى يقوم بتأجيره، أى أننا بصدد ممول، مالك مؤجر (مشتري)، بائع، مستأجر(١). ويمكن أن تنطوي العملية علي طرفين فقط وذلك فى حالة ما إذا كان الشيء محل العقد مملوكاً لنفس المؤجر(٢)، أو فى حالة تخلي المشروع عن جزء من رأسماله العقارى ببيعه لمؤسسة مالية ثم يعود فيستأجره منها مباشرة(٣).

لعل الطابع المالي هو السمة المميزة للتأجير الإئتمانى حيث تقوم مؤسسسات مالية متخصصة فى تمويل شراء أجهزة ومعدات لازمة للاستغلال التجاري والمهني، فالمستأجر المستفيد من هذه الأشياء يحصل

---

(1) Derruppé J., De la fiducie au Crédit-bill, P.U.F. 1983, P. 25.

(٢) ويسمي ذلك بـ Leasing adossé

(٣) ويسمي ذلك بـ Lease-back

انظر في تلك الصور: M. Cabrillac, Encyclopedie Dalloz Civil, 111, 1982, n. 222.

علي تمويل كامل لاستثماراته دون حاجة إلى اللجوء إلى القروض أو تعطيل جزء من رأسماله مما يسمح له بالتوسع فى مجال نشاطه واستثماراته. يعد الاتفاق المذكور وسيلة من وسائل الإئتمان الحديثة نظراً لما ينطوي عليه من طبيعة تمويلية حيث يرتكز فى جوهره علي تمويل عملية الشراء علي سبيل الإئتمان[1].

ويضاف إلى الجانب المالي الجانب القانوني المتمثل فى عملية شراء الشيء وتمكين الغير من استعماله مع الاحتفاظ بملكيته علي سبيل الضمان، حيث تتوجد أمام عملية قانونية مركبة من عدة عمليات فى أن واحد:

١- الشراء بقصد التأجير، حيث يقوم المؤجر بشراء التجهيزات والمعدات محل الإيجار[2] من المورد أو الصانع.

٢- الوكالة، حيث يوكل المؤجر المستأجر فى القيام بشراء الأشياء محل الإيجار علي كافة عناصرها من نوع وكمية وغير ذلك. فالمستأجر هو الذى يقوم بتحديد هذه الإشياء وفقاً لإحتياجاته، ومن ثم فهو الذى يقوم، كفني متخصص، بالتعاقد مع البائع لحساب المؤجر المشتري الذى يقوم بتمويل العقد.

---

(١) هاني دويدار، رسالة :
Du déséquilibre des prestations dans la convention de Crédit-bail, thèse, Bordeaux, 1990.

(٢) فالأصل ان هذه الأشياء لا تكون مملوكة للمؤجر، بل ويحدث أحياناً أن تكون مملوكة أصلاً للمستأجر الذى يبيعها للمؤجر ثم يستأجرها منه أي أنه يجمع بين صفتي البائع والمستأجر معاً. وتسمي هذه الصورة الأخيرة Lease Back، ويطلق عليها بالفرنسية Cession-bail.
Parleanig, Le Contrat de Lease-back, R.T.D. Com. 1973.699.

٣- الإيجار، حيث يتم تأجير الأشياء المشتراه إلى المستأجر لاستغلالها فى تجارته أو مهنته. ويتميز الإيجار هنا عن الإيجار العادي بسمتين أساسيتين [١]: الأولى ارتفاع الأجرة نسبياً لأنه يراعى فى تحديدها تغطية تكاليف الشراء وعائد مناسب للممول. الثانية، تحمل المستأجر كافة الأخطار التي تتعرض لها الأشياء والتجهيزات المسلمة له[٢].

٤- وعد منفرد بالبيع أو بإعادة التأجير في نهاية مدة الإيجار، حيث يتضمن الاتفاق وعداً للمستأجر، إذا أعلن عن رغبته، بتملك الأشياء محل العقد أو بإعادة استئجارها. فهو بالخيار بين الشراء أو الاستئجار أو الرد[٣].

ولا يعني احتواء التأجير الإئتماني لتلك العمليات القانونية تقسيمه أو تجزءته. بل أننا بصدد عملية قانونية مركبة من عدة عمليات تقليدية تكون

---

(١) والواقع أنه، أمام السمة المكملة لمجمل القواعد المنظمة لعقد الإيجار، تقوم الشركة الممولة «بإستبعاد الأحكام التي تتعارض مع الطبيعة المالية لتدخلها مثل تحملها بصيانة المنقول أو ضمانها لعيوبه، كما تستطيع أن تضمن العقد من الشروط ما تستلزمه أية عملية إئتمانية من تقرير الإعتبار الشخصي للعقد والتوصل الي نتيجة تقترب من سقوط الأجل في حالة إمتناع المستفيد عن الوفاء بقسط من أقساط «الأجرة».

(٢) ابراهيم دسوقي أبو الليل ص ٣٨ . وذلك بخلاف الحال في الإيجار العادي حيث يتحمل المؤجر، كقاعدة عامة، تبعة هلاك العين المؤجرة (م٥٦٩ مدني). وإذا كان الهلاك بخطأ المستأجر أو الغير أمكن مطالبة المسئول بالتعويض، السنهوري، الوسيط جـ٦، فقرة ٣٣٣ .

(٣) ويضيف البعض الي العمليات القانونية الأربع التي يتكون منها التأجير الإئتماني عملية خامسة هي الوعد التبادلي بالإيجار الذي يقيد المؤجر بشراء مال معين.

Champaud, op.cit. n.3.

ويري البعض أننا أمام عمليات قانونية ثلاث وهي: الشراء بقصد التأجير، الإيجار، مكنة الشراء أو التملك من قبل المستأجر.

Cabrillac, op.cit., n.10.

فى مجموعها تصرفاً قانونياً واحداً غير قابل للتجزئة ومستقلاً بذاته عن كل من الأعمال القانونية المكونة له [1].

(ب) الطبيعة القانونية للعقد:

ويختلف الرأى حول تحديد الطبيعة القانونية للعقد، فهناك اتجاه يحبذ نظرية القرض مع نقل الملكية علي سبيل الضمان[2]، واتجاه اخر يؤكد الطبيعة الذاتية والخاصة للعقد موضوع البحث[3]، واتجاه ثالث يري أننا أمام إحدي صور البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية[4]. واتجاه رابع يري أننا أمام عقد إيجار مقترن بوعد بالبيع ملزم لجانب واحد هو الممول[5].

ودون الدخول في ذلك الجدل يهمنا التركيز علي الطبيعة الإئتمانية للعقد موضوع البحث، حيث يحتفظ المالك بملكية الأشياء المؤجرة علي سبيل الضمان، فالملكية تؤمن حق الممول في استرداد المبلغ الذي دفعه في تمويل عملية الحصول علي الشيء محل التعاقد، وعلى ذلك فإن شرط الاحتفاظ بالملكية، وإن لم يظهر صراحة فى هذا الاتفاق، ألا أنه يستتر خلاله وراء فكرة الإيجار، ويلعب دوراً حاسماً فى قيامه وتحقيق أهدافه. فالتأجير الإئتماني يعد، فى جانب منه، تعبيراً مقنعاً عن شرط الاحتفاظ بالملكية.

---

(١) نفس المرجع.

(٢) Calon, La location de biens d'équibement ou leasing, D. 1964, P. 97.

(3) Massin, Le leasing dénommé Crédit-bail, R. de juris. Commercials, journal des agrées, 1972. 35.

(4) Derruppe, Droit Commercial, Bordeaux, 1982, P.272.

(٥) انظر في عرض ذلك الخلاف والمراجع المشار اليها، هاني دويدار، الرسالة السابقة ص٢٢٥ .

يظل المؤجر مالكاً للأشياء المؤجرة طوال مدة الإيجار[1]، ويكون له، بالتالي الحق في استردادها من تفليسة المستأجر[2]. ولا يجوز للأخير التصرف فيها وإلا إعتبر مبدداً ومرتكباً لجريمة خيانة الأمانة.

(جـ) التنظيم القانوني الحديث للعقد:

نظراً لأهمية وشيوع نظام التأجير التمويلي تدخل المشرع لتنظيمه بالقانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥ المعدل بالقانون ١٦ لسنة٢٠٠١ . ونحيل في دراسة أحكامه إلي الأبحاث والمؤلفات المتخصصة، ونكتفي بالإشارة إلى النصوص القانونية في هذا ا لمجال[3].

---

(١) وإذا إختار المستأجر تملك الشئ في نهاية مدة الإتفاق، فإن الملكية تنتقل اليه من تاريخ إعلان رغبته وذلك بخلاف الحال بالنسبة للبيع بالتقسيط مع الإحتفاظ بالملكية حيث تنتقل الملكية فيه بقوة القانون بمجرد سداد الأقساط وبأثر رجعي دون حاجة الي إعلان إرادي من جانب المشتري.

(٢) وبذلك يكون مركز المالك المؤجر، في مواجهة جماعة الدائنين، أقوي من مركزه كبائع يحتفظ بملكية المبيع علي سبيل الضمان، حيث يرفض القضاء المصري الإعتداد بالشرط المذكور ويفضل إعتبار المبيع أحد أصول المشتري المفلس. ولقد تغير الأمور بنص المادة ١٠٦ من قانون التجارة كما سنري.

(٣) نشر القانون ٩٥/١٩٩٥ في الجريدة الرسمية في العدد ٢٢ مكرر في ٢ يونيو ١٩٩٥، ونشر القانون ١٦/٢٠٠١ في الجريدة الرسمية في العدد ١٩ (تابع) في ١٠ مايو ٢٠٠١ ويعمل به إعتباراً من اليوم التالي لتاريخ نشره. وأضاف حكماً في (المادة الثالثة) : علي الجهات القائمة التي تزاول نشاط التأجير التمويلي أن توفق أوضاعها طبقاً لأحكام هذا القانون خلال مدة لا تجاوز ستة أشهر من تاريخ العمل به، ويجوز للوزير المختص مد هذه المدة مدة مماثلة أخري. ولا يجوز لتلك الجهات مزاولة نشاط التأجير التمويلي خلال مدة توفيق أوضاعها، بالمخالفة لأحكام هذا القانون. ولا تسري الفقرتان السابقتان علي العقود المقيدة لدي الجهة الإدارية قبل تاريخ العمل بهذا القانون إذ تستمر قائمة ومنتجة لآثارها لحين إنتهاء المدد الباقية لها.

الباب الأول

أحكــــام عامــــة

مادة ١- يقصد بالعبارات التالية المعنى المبين قرين كل منها:

الوزير المختص: وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية.

الجهة الإدارية المختصة: وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية.

المؤجر: كل شخص طبيعي أو إعتبارى يباشر عمليات التأجير التمويلى بعد قيده طبقاً لأحكام هذا القانون، ويجوز أن يكون المؤجر بنكاً إذا رخص له في ذلك مـجلس إدارة البنك المركـزي بـالشـروط والأوضـاع التى يحـددها قـرار الترخيص بذلك.

(التعديل)

المؤجـر: شركات الأموال التى يرخص لها بمزاولة نشاط التأجير التمويلي، طبـقاً لأحكام هذا القانون مـتي توافـرت فيـها الـقدرة علي الـقيـام بنشاطـهـا المستهدف في ضوء حجم رأس مـالها بشرط ألا يقل عن نصف مليون جنيه، وذلك وفقاً للقواعد والإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

ويجـوز أن يكون المؤجـر بنكاً إذا رخص له فى ذلك مـجلس إدارة البـنك المركزى المصري بالشروط والأوضاع التي يحددها قرار الترخيص.

العقد: عقد التأجير التمويلي.

المــورد: الطرف الذي يتلقى منه المؤجر مالا يكون موضوعاً لعقد تأجير تمويلي.

المقــاول: الطرف الذي يقوم بتشييد منشآت تكون موضوعاً لعقد تأجير تمويلى.

المال أو الأمـوال: كل عقار أو منقول مادى أو معنوي يكون موضوعاً لعقد تأجير تمويلى عدا سيارات الركوب والدراجات الآلية.

(التعديل)

المال أو الأمـوال: كل عقار أو منقول مادى أو معنوي يكون موضوعاً لعقد تأجير تمويلي متي كان لازما لمباشرة نشاط إنتاجي سلعي أو نشاط خدمى للمستأجر، وفقاً للقواعد التى يصدر بها قرار من الوزير المختص.

المستأجر: من يحوز مالا استنادا إلى عقد تأجير تمويلى.

مادة٢– فى تطبيق أحكام هذا القانون يعد تأجيراً تمويلياً ما يأتي:

١ – كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بأن يؤجر إلى مستأجر منقولات مملوكة له أو تلقاها من المورد استنادا إلي عقد من العقود، ويكون التأجير مقابل قيمة إيجارية يتفق عليها المؤجر مع المستأجر.

٢ – كل عقد يلتزم بمقتضاه الموجر بأن يؤجر إلى المستأجر عقارات أو منشات يقيمها المؤجر علي نفقته بقصد تأجيرها للمستأجر، وذلك بالشروط والمواصفات والقيمة الإيجارية التى يحددها العقد.

(التعديل)

كل عقد يلتزم بمقتضاه الموجر بأن يؤجر إلى المستأجر عقارات أو منشآت مملوكة للموجر أو يقيمها علي نفقته بقصد تأجيرها للمستأجر.

وذلك بالشروط والأوضاع والمواصفات والقيمة الإيجارية التى يحددها العقد.

٣- كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بتأجير مال إلي المستأجر تأجيراً تمويلياً إذا كان هذا المال قد آلت ملكيته إلى المؤجر من المستأجر بموجب عقد يتوقف نفاذه علي إبرام عقد التأجير التمويلي.

مادة٢- تعد الجهة الإدارية المختصة سجلاً لقيد المؤجرين، كما تعد سجلاً آخر لقيد عقود التأجير التمويلي التى تبرم أو تنفذ فى مصر أو يكون أحد أطرافها مقيما فيها وعقود البيع التي تتم استناداً إليها. وكذلك أي تعديل لهذه العقود، ويجب أن يتضمن القيد تحديد المال المؤجر وبيان أطراف العقد وصفاتهم بالنسبة لهذا المال ومدة التعاقد والبيانات الواردة فى عقود البيع.

وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون أحكام وإجراءات القيد فى السجلين المشار إليهما والمستندات والأوراق والبيانات التكميلية الأخري الي يتطلبها القيد وإجراءات تعديل القيد أو إلغائه.

كما تحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون رسم القيد في سجل المؤجرين بما لا يجاوز ثلاثة آلاف جنيه، ورسم تعديله بما لا يجاوز ألف جنيه وتحدد رسم القيد فى سجل العقود بما لا يجاوز خمسين جنيهاً، كما تحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون رسم طلب صورة من القيد في السجلين المشار إليهما والتعديلات الواردة عليه بما لا يجاوز عشرين جنيهاً.

ويكون لكل شخص طلب صورة من بيانات القيد فى السجلين المشار إليهما بعد أداء الرسم المقرر.

مــــــادة ٤- يكون للمؤجر حق القيد فى سجل المستوردين بالنسبة إلى ما يستورده من أموال بقصد تأجيرها تأجيراً تمويلياً، وذلك مع استثنائه من شرط الجنسية المصرية بالنسبة إلي ملكية رأس المال وعضوية مجلس الإدارة الوارد فى القوانين المنظمة لسجل المستوردين والشركات، كما يكون للمؤجر المقيد في سجل المؤجرين حق القيد فى السجل التجارى.

مــادة ٥- للمستأجر الحق في اختيار شراء المال المؤجر كله أو بعضه فى الموعد وبالثمن المحدد فى العقد، علي أن يراعي فى تحديد الثمن مبالغ الأجرة التى أداها وذلك مع عدم تملك الإخلال بأحكامقانوني تملك غير المصريين للعقارات المبينة والأراضي الفضاء، وحظر الأجانب للأراضي الزراعية. وفى حالة عدم اختياره شراء المال المؤجر يكون له إما رده إلي المؤجر أو تجديد العقد وذلك بالشروط التى يتفق عليها الطرفان.

وفي جميع الأحوال لا يتجدد العقد تجديداً ضمنياً ولا يمتد، سواء تم التنبيه علي المستأجر بإنتهاء مدة العقد أو لم يتم ذلك.

مــــادة٦ : مع عدم الإخلال بما يكون للدولة من حقوق فإنه إعتبارا من تاريخ القيد لا يجوز للمستأجر أو الغير الاحتجاج علي المؤجر بأي حق يتعارض مع بيانات عقد التأجير التمويلي التى قيد بها طبقاً لأحكام المادة(٣) من هذا القانون.

الباب الثانى

عقــود التأجيــر التمويلــى

مــــادة٧- يجوز لصاحب أى مشروع قبل إبرام عقد تأجير تمويلى أن يتـفـاوض مـبـاشـرة مع المورد أو المقـاول بشـأن مـواصـفـات المال اللازم لمشروعه أو طريقة صنعه أو إنشائه، وذلك بناء على يموافقة كتابية مسبقة ممن سيتولى التأجير، ويجب أن تتضمن هذه الموافقة المسائل التـي يجري التفاوض بشأنها بين صاحب المشروع والمورد أو المقاول.

وتبين اللائحة التنفيذية لهذا القانون الأحكام المتعلقة بالموافقة والمسائل موضوع التفاوض.

مـادة٨- إذا أبرم عقد تأجير تمويلى وأذن المؤجر للمستأجر باستلام المال موضوع العقد مباشرة من المورد أو المقاول، فيجب أن يكون الاستلام وفقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها وبموجب محضر يثبت فيه حالة المال المؤجر وما بهع من عيوب إن وجدت.

ويجـوز للمسـتـأجـر أن يرفض اسـتلام المال المؤجـر إذا امـتـنع المورد أو المقاول عن تحرير محضر الاستلام وفقاً لحكم الفقرة السابقة.

ويكون المستأجر مسئولاً قبل المؤجر عن أية بيانات تذكر عن المال في محضر الإستلام.

مـادة٩- يلتزم المستأجر باستعمال وصيانة وإصلاح الأموال المؤجرة بما يتفق مع الأغراض التى أعدت لها ووفقاً للتعليمات التى يسلمها إليه المؤجر بشـأن الأصـول الفنيـة الواجب مـراعـاتـهـا سواء أكانت مقررة بواسطته أو بواسطة المورد أو المقاول.

(التعديل)

يلتزم المستأجر باستعمال وصيانة وإصلاح الأموال المؤجرة بما يتفق مع الأغراض التي أعدت لها ووفقاً للأصول الفنية المتعارف عليها والتعليمات المتعاقد عليها بشأن المواصفات الفنية الواجب مراعاتها سواء أكانت محددة بواسطته أو بواسطة المنتج أو المورد أو المقاول.

كما يلتزم المستأجر بإخطار المؤجر بما يطرأ علي الأموال المؤجرة من عوارض تمنع الانتفاع بها كلياً أو جزئياً. وذلك طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في العقد لتلك الأموال. وفى جميع الأحوال يسري علي هذا العقد حكم المادة ٣٤١ من قانون العقوبات .

مـادة ١٠- يتحمل المستأجر المسئولية المدنية الناشئة عن الأضرار التى تسببها الأموال المؤجرة وفقاً لأحكام القانون المدنى.

ويتحمل المؤجر تبعة هلاك المال المؤجر متي ذلك بسبب لا دخل للمستأجر فيه، ويجوز للمؤجر أن يشترط التأمين علي الأموال المؤجرة بما يكفل له الحصول علي القيمة الإيجارية عن باقى مدة العقد والثمن المحدد به.

(التعديل)

ويتحمل المؤجر تبعة هلاك المال المؤجر متى كان ذلك بسبب لا دخل للمستأجر فيه، ويجوز للطرفين الاتفاق علي تحمل المستأجر تبعة هلاك المال المؤجر. وللمؤجر أن يشترط التأمين علي الأموال المؤجرة بما يكفل له الحصول علي القيمة الإيجارية عن باقي مدة العقد والثمن المحدد به.

مــــادة ١١- يلتزم المستأجر بأن يؤدي الأجرة المتفق عليها في المواعيد ووفقاً للأوضاع الواردة في العقد.

(التعديل)

يلتزم المستأجر بأن يؤدى الأجرة المتفق عليها في العقد وفقاً للشروط والمواعيد الواردة فيه، ولا يتقيد تحديد الأجرة ولا عناصر هذا التحديد بالأحكام المنصوص عليها في أي قانون اخر.

ويجوز الاتفاق علي استحقاق المؤجر للقيمة الإيجارية كاملة، ولو لم ينتفع المستأجر بالمال المؤجر طالما أن السبب لا يرجع إلى المؤجر.

مــــادة ١٢- يظل المال المنقول المؤجر محتفظاً بطبيعته حتي ولو كان المستأجر قد ثبته أو ألحقه بعقار.

وإذا أشتري المستأجر المال المؤجر فلا تنتقل ملكيته إليه إلا إذا قام بسداد كامل الثمن المحدد في العقد.

مــــادة ١٣- للمستأجر أن يرجع مباشرة علي المورد أو المقاول بجميع الدعاوي التى تنشأ للمؤجر عن العقد المبرم بينه وبين المورد أو المقاول فيما عدا دعوي فسخ العقد، وذلك دون إخلال بحقوق المؤجر فى الرجوع علي المورد أو المقاول فى هذا الشأن.

مــــادة ١٤- يكون المؤجر مسئولاً عن أفعاله أو تصرفاته التى تؤدي إلى غلط في إختيار الأموال المؤجرة، أو إلي تمكين المورد أو المقاول أو الغير من التعرض للمستأجر علي أي وجه فى لانتفاع بالأموال المؤجرة.

(التعديل)

يكون المؤجر مسئولاً عن أفعاله أو تصرفاته التى تؤدي إلي تمكين المورد أو المورد أو المقاول أو الغير من التعرض للمستأجر علي أي وجه فى الإنتفاع بالأموال المؤجرة.

كما يكون المؤجر مسئولاً عن أفعاله أو تصرفاته التى تؤدي إلى غلط فى اختيار الأموال المؤجرة ما لم يكن المستأجر قد أقر بمعاينتها وباستلامها طبقاً لشروط التعاقد.

مادة ١٥- يجوز للموجر أن يتنازل عن العقد إلي مؤجر آخر، ولا يسري هذا التنازل في حق المستأجر إلا من تاريخ إخطاره به.

ولا يترتب علي هذا التنازل أي إخلال بحقوق وضمانات المستأجر قبل المؤجر الأصلي.

(التعديل)

ولا يترتب علي هذا التنازل أى إخلال بالحقوق والضمانات المقررة للمستأجر بموجب العقد.

مادة ١٦- يجوز للمستأجر بموافقة المؤجر التنازل عن العقد إلى مستأجر آخر ويكون المستأجر الأصلي ضامناً للمتنازل إليه في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، ما لم يوافق المؤجر علي غير ذلك.

ويلتزم المتنازل إليه بأن يؤدى إلى المؤجر مباشرة الأجرة المستحقة بموجب العقد وذلك من تاريخ إخطار المؤجر له بموافقته علي التنازل، ولا يجوز للمتنازل إليه أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من أجرة قبل هذا التاريخ.

مـــادة ١٧ - علي المؤجر فى الحالات المنصوص عليها في المادتين السابقتين اتخاذ إجراءات التأشير بالتنازل في سجل قيد عقود التأجير التمويلي لدي الجهة الإدارية المختصة وذلك طبقاً للقواعد والإجراءات التي تبينها اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

ولا يجوز الاحتجاج علي الغير بالتنازل إلا من تاريخ التأشير به طبقاً لأحكام الفقرة السابقة.

مـادة ١٨- لا تسري أحكام الامتداد القانوني لعقد الإيجار أو أحكام تحديد الأجرة المنصوص عليها في قوانين تنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر علي عقود تأجير العقارات المبنية والأراضي الزراعية النتي تبرم وفقاً لأحكام هذا القانون.

الباب الثالث

إنقضاء عقد التأجير التمويلى

مادة ١٩- يعد العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلي إعذار أو اتخاذ إجرائية قضائية فى أى من الحالات الاتية:

(أ) عدم قيام المستأجر بسداد الأجرة المتفق عليها فى المواعيد ووفقاً للشروط المتفق عليها في العقد.

(ب) إشهار إفلاس المستأجر أو إعلان إعساره، وفى هذه الحالة لا تدخل أموال المؤجرة في أموال التفليسة ولا فى الضمان العام للدائنين.

علي أنه يجوز للسنديك أن يخطر المؤجر بكتاب مسجل خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الحكم الصادر بإشهار الإفلاس برغبته في إستمرار العقد، وفي هذه الحالة يستمر العقد قائماً بشرط أداء القيمة الإيجارية فى مواعيدها.

(جـ) اتخاذ إجراءات التصفية قبل المستأجر إذا كان شخصاً اعتبارياً، سواء أكانت تصفية إجبارية أم اختيارية، ما لم تكن بسبب الاندماج، وبشرط عدم الإخلال بحقوق المؤجر المنصوص عليها في العقد.

(التعديل)

يعد العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعذار أو اتخاذ إجراءات قضائية في من أى الحالات الاتية:

(أ) عدم قيام المستأجر بسداد الأجرة المتفق عليها في المواعيد ووفقاً للشروط المتفق عليها في العقد، ومرور ثلاثين يوما علي فوات هذه المواعيد ما لم يتضمن العقد مدة أطول.

(ب) إشهار إفلاس المستأجر أو إعلان إعساره، وفي هذه الحالة لا تدخل الأموال المؤجرة فى أموال التفليسة ولا في الضمان العام للدائنين.

علي أنه يجوز لأمين التفليسة أن يخطر المؤجر بكتاب مسجل خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الحكم الصادر بإشهار الإفلاس برغبته فى استمرار العقد، وفى هذه الحالة يستمر العقد قائماً بشرط أداء القيمة الإيجارية فى مواعيدها.

(جـ) اتخاذ إجراءات التصفية قبل اللمستأجر إذا كان شخصاً اعتبارياً، سواء أكانت تصفية إجبارية أم إختيارية، ما لم تكن بسبب الاندماج، وبشرط عدم الإخلال بحقوق المؤجر المنصوص عليها في العقد.

(د) وفاة المستأجر أو الشريك المتضامن فى شركة الأشخاص المستأجرة ما لم يطلب الورثة أو الشريك المتضامن الجديد استكمال تنفيذ العقد خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الوفاة.

مادة ٢٠- عند إنقضاء العقد دون تجديده أو شراء المستأجر للمال يلتزم المستأجر أو السنديك أو المصفي بحسب الأحوال بأن يسلم إلى المؤجر الأموال المؤجرة بالحالة المتفق عليها في العقد، وإذا امتنع المستأجر عن التسليم جاز للمؤجر أن يقدم عريضة إلى قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة لاستصدار أمر بالتسليم ويتبع في شأن هذه العريضة الإجراءات والأحكام المنصوص عليها فى المادة (١٩٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

(التعديل)

عند انقضاء العقد بسبب فسخه أو لأى سبب اخر، دون تجديده ودون شراء المستأجر للمال، يلتزم المستأجر أو ورثته أو باقى الشركاء أو أمين التفليسة أو المصفي بحسب الأحوال بأن يسلم إلى المؤجر الأموال المؤجرة بالحالة المتفق عليها فى العقد. فإذا امتنع عن التسليم جاز للمؤجر أن يقدم عريضة إلي قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة لاستصدار أمر بالتسليم، ويتبع فى شأن هذه العريضة الإجراءات والأحكام المنصوص

عليها في المادة (١٩٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية. ويصدر الأمر بالتسليم إذا كانت العريضة مشفوعة بالعقد ومال يفيد انقضاءه واسم ومحل الملتزم بالتسليم.

ولكل ذي شأن التظلم من هذا الأمر إما بطريق الاعتراض عليه أمام المحضر عند العزم على التنفيذ أو بالطريق المعتاد لرفع الدعوي خلال ثلاثة أيام من تاريخ إعلانه به، وفى الحالتين يختص القاضي الآمر دون غيره بنظر التظلم علي وجه السرعة.

وللقاضي بناء علي طلب التظلم أن يوقف الأمر المتظلم منه إلي أن يفصل في التظلم. ويحكم القاضى في التظلم بتأييد الأمر أو بتعديله أو بإلغائه.

مادة ٢١- يعد العقد مفسوخاً بقوة القانون إذا هلك المال المؤجر هلاكاً كلياً.

فإذا كان الهلاك راجعاً إلي خطأ المستأجر التزم بالإستمرار فى أداء القيمة الإيجارية أو الثمن المتفق عليه فى المواعيد المحددة، وذلك مع مراعاة ما قد يحصل عليه المؤجر من مبالغ التأمين.

وإذا كان الهلاك راجعاً إلى خطأ الغير، كان لكل من المؤجر والمستأجر الرجوع عليه بالتعويض إن كان له مقتض.

مادة ٢٢ - لا يترتب علي الحكم ببطلان أو بفسخ العقد المبرم بين المورد أو المقاول وبين المؤجر أثر علي العقود المبرمة بين المؤجر والمستأجر، ومع ذلك يجوز للمورد أو المقاول أن يرجع مباشرة على المستأجر بماله من حقوق قبل المؤجر تكون ناشئة عن الحكم ببطلان أو بفسخ عقده معه، بما لا يجاوز التزامات المستأجر قبل المؤجر.

وإذا اقتصر الحكم علي إنقاص ثمن البيع لعيوب فى صناعة المال أو لنقص فيه، تعين تخفيض أقساط الأجرة و ثمن البيع المتفق عليه في عقد التأجير بذات النسبة خفض بها الثمن، ما لم يتفق علي غير ذلك.

الباب الرابع

القواعد المحاسبية والمعاملة الضريبية

مـــــادة ٢٣- تخضع عمليات التأجير للقواعد والمعايير المحاسبية التي يصدرها الوزير المختص بالاتفاق مع وزير المالية.

مـادة ٢٤- يكون للمؤجر الحق فى استهلاك قيمة الأموال المؤجرة حسبما يجريٌ عليه العمل عادة، وفقاً للعرف وطبيعة المال الذي يجري استهلاكه، وذلك دون النظر إلي مدة عقد التأجير المتعلق بذلك المال، ويجوز للمؤجر - بالإضافة إلي الاستهلاك المشار إليه وجميع التكاليف واجبة الخصم من ناتج العمليات - أن يخصم من أرباحه الخاضعة للضريبة المخصصات المعدة لمواجهة الخسائر أو الديون المشكوك فيها، وفقاً للقانون.

(التعديل)

يكون للمؤجر الحق في إهلاك قيمة الأموال الموجرة حسبما يجري عليه العمل عادة، وفقاً للعرف وطبيعة المال الذي يجري إهلاكه، وذلك دون النظر إلي مدة عقد التأجير المتعلق بذلك المال.

ويجوز للمؤجر - بالإضافة إلي الإهلاك المشار إليه وجميع التكاليف واجبة الخصم من ناتج العمليات - أن يخصم من أرباحه الخاضعة للضريبة

المخصصات المعدة لمواجهة خسائر أو أعباء مالية معينة مؤكدة الحدوث وغير محددة المقدار بشرط أن تقيد هذه المخصصات بحسابات الشركة وأن تستخدم فى الغرض الذى تم تكوينها من أجله، فإذا استخدمت في غير ذلك أو إنتفى الغرض منها، تعين إدراجها في إيرادات الشركة فى أول سنة مالية تالية، وفى جميع الأحوال لا يجوز أن تزيد جملة هذه المخصصات علي (٥ ٪) من الربح الصافي للشركة.

مـــادة ٢٥- تعتبر القيمة الإيجارية المستحقة خلال سنة المحاسبة من التكاليف الواجبة الخصم من أرباح المستأجر وفقاً للتشريعات الضريبية السارية.

ويجب على المستأجر أن يدرج بصورة واضحة فى حساب الأرباح والخسائر القيمة الإيجارية المستحقة تنفيذاً للعقد، مع بيان ما إذا كان المال المؤجر منقولاً أو عقاراً، كما يجب عليه أن يدرج فى الإيضاحات المتممة للميزانية عقود التأجير التي أبرمها وما تم أداوه من مبالغ الأجرة عن كل عقد وما تبقي منها.

مـادة ٢٦- لا تسري أحكام الخصم والإضافة والتحصيل وغيرها من نظم الحجز عند المنبع لحساب الضرائب علي مبالغ الأجرة واجبة الأداء إلي المؤجر، كما لا تسري علي الثمن المحدد بالعقد.

(التعديل)

لا تخضع مبالغ الأجرة واجبة الأداء إلي المؤجر للضريبة علي الخدمات المنصوص عليها فى قانون الضريبة العامة علي المبيعات الصادر بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ .

واستثناء من أي قانون اخر لا تعفي أرباح المؤجر المحققة عن عمليات التأجير التمويلى للدراجات النارية ولسيارات الركوب من الضريبة المفروضة على الدخل.

وتعفي من رسوم التوثيق والقيد والشهر العقاري عقود تملك الأموال المؤجرة التي تبرم وفقاً لأحكام البند (٣) من المادة (٢) من هذا القانون.

ولا تسري أحكام الخصم والإضافة والتحصيل وغيرها من نظم الحجز عند المنبع لحساب الضرائب علي مبالغ الأجرة واجبة الأداء إلى المؤجر، كما لا تسري علي الثمن المحدد بالعقد.

مادة ٢٧- تستحق الضرائب والرسوم الجمركية - طبقاً للنظم المعمول بها - علي ما يتم استيراده من معدات وغيرها بقصد تأجيرها وفقاً لأحكام هذا القانون.

ويعامل المؤجر بالنسبة للضرائب والرسوم الجمركية المقررة علي تلك المعدات بذات المعاملة المقررة قانوناً بالنسبة للمستأجر، وذلك طوال مدة التأجير.

وفى حالة فسخ العقد أو إبطاله أو إنتهاء مدته دون أن يستعمل المستأجر حقه فى الشراء فتستحق هذه الضرائب والرسوم.

مادة ٢٨- ترد الضرائب والرسوم الجمركية التي سددت عما تم استيراده من أموال بقصد تأجيرها وفقاً لأحكام هذا القانون إذا أعيد تصدير هذه الأموال، وذلك بعد خصم ٢٠ ٪ عن كل سنة انقضت من تاريخ الإفراج عنها وتحسب كسور السنة سنة كاملة.

مـــادة ٢٩- إذا تضمن موضوع العقد تأجير مركبات يستلزم تسييرها الحصول علي ترخيص من إدارة المرور المختصة، جاز للمستأجر أن يتقدم بطلب الحصول علي هذا الترخيص علي أن يرفق بالأوراق نسخة من عقد التأجير.

ويصدر الترخيص باسم المؤجر. ويجب أن يذكر فيه أن المركبة فى حيازة المستأجر بوجوب عقد التأجير، وأنه يستعملها بنفسه أو بواسطة تابعية.

ويتحمل المستأجر جميع الضرائب والرسوم المقررة قانوناً للحصول علي الترخيص وتجديده، كما يلتزم بأداء أقساط التأمين الإجباري، وغير ذلك من الإلتزامات المترتبة على ملكية المركبة.

(التعديل)

إذا كان اقتناء أو تسيير أو تشغيل المال المؤجر يستلزم الحصول علي ترخيص من إدارة المرور أو من أية جهة إدارية أخري، يكون الحصول علي الترخيص من إدارة المرور المختصة أو من الجهة الإدارية الأخرى التى يتبعها موطن المستأجر أو المركز الرئيسي لنشاطه، وذلك بناء علي طلب منه ومن المؤجر مرفقاً به نسخة من العقد.

ويصدر الترخيص باسم المؤجر ويجب أن يذكر فيه أن المال في حيازة المستأجر بموجب العقد وأنه يستعمله بنفسه أو بواسطة تابعية.

ويتحمل المستأجر جميع الضرائب والرسوم المقررة قانوناً للحصول علي الترخيص وتجديده، كما يلتزم بأداء أقساط التأمين الإجبارى، وغير ذلك من الإلتزامات المترتبة علي ملكية المال المؤجر.

(إضافة جديدة)

تضاف إلى القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥ المشار إليها مادة جديدة برقم ٢٩ مكرراً، نصها الاتي:

"مادة ٢٩ مكرراً

يحدد الوزير المختص بقرار منه المعايير المالية التى يلتزم باتباعها المؤجر، وعلي الأخص:

- الحد الأقصي لقيمة تعاملاته مع مستأجر واحد.
- قواعد الموازنة بين أصوله وخصومة.
- الحد الأقصي لنسبة الديون إلي حقوق الملكية
- قواعد توفير المخصصات للديون المشكوك فى تحصليها.

مادة ٣٠- مع عدم الإخلال بأية إعفاءات ضريبية مقررة قانوناً، يعفى المؤجر من الضرائب المفروضة علي الدخل بالنسبة لأرباحه الناشئة عن عمليات التأجير التمويلى وذلك لمدة خمس سنوات تبدأ من تاريخ مزاولة النشاط.

الباب الخامس

الجزاءات

مادة ٣١- يحظر علي أي شخص طبيعي أو إعتباري غير مقيد بسجل المؤجرين أن يستعمل عبارة (التأجير التمويلي) أو مرادفات لها في عنوانه أوأن يزاول عمليات التأجير التمويلي.

ويعاقب بغرامة لا تقل عن خمسة الاف جنيه ولا تزيد علي عشرة آلاف جنيه كل من يخالف هذا الحظر ، ويجوز الحكم بالغلق ويكون الغلق وجوبياً فى حالة العود.

مادة ٣٢- يعاقب بغرامة لا تقل عن خمسة آلاف ولا تزيد علي عشرين ألف جنيه كل من يخالف أحكام هذا القانون.

مادة ٣٣- مع عدم الإخلال بأية عقوة أشد، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرين ألف جنيه أو بإحدي هاتين العقوبتين كل من قام بتغيير معالم المال المؤجر أو أوصافه المقيدة بالسجل الخاص بذلك، أو طمس البيان المثبت لصفة المؤجر بالنسبة إلى هذا المال.

مادة ٣٤- يكون للعاملين بالجهة الإدارية المختصة من شاغلي الوظائف التى يصدر بتحديدها قرار من وزير العدل بالاتفاق مع الوزير المختص صفة الضبطية القضائية فى شأن الجرائم التى تقع بالمخالفة لأحكام هذ القانون.

ولهم في سبيل ذلك حق الاطلاع على جميع السجلات والدفاتر والمستندات والبيانات في مقر المؤجر أو المستأجر، وعليهما أن يقدما لهم البيانات والمستخرجات وصور المستندات التي يطلبونها لهذا لغرض.

مادة ٣٥- يصدر الوزير المختص اللائحة التنفيذية لهذ القانون خلال ستين يوما من تاريخ العمل به(١).

---

(١) وقد صدرت اللائحة التنفيذية بالقرار رقم ١٩٩٥/٨٤٦ ونشرت بالوقائع المصرية بالعدد ٢٩١ تابع في ١٩٩٥/١٢/٣١.

مــادة٣٦- ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية، ويعمل به اعتباراً من أول الشهر التالى لمضي ستين يوما علي تاريخ نشره .

يبصم هذا القانون بخاتم الدولة. وينفذ كقانون من قوانينها .

صدر برئاسة الجمهورية فى ٣ المحرم سنة ١٤١٦هـ .

(المؤلف أول يونية سنة ١٩٩٥م)

حسنى مبارك

المبحث الثاني
ضمانات البائع في استيفاء الثمن

إن شرط الاحتفاظ بالملكية ضمانة اتفاقية يحصل عليها البائع لاستيفاء حقه في الثمن المؤجل أو ما تبقى منه. يتعين علينا قبل التعرض لدراسته بيان الضمانات الأخري التى يتمتع بها البائع في هذا المقام. فالبائع يمكن أن يواجه بتقاعس المشتري عن السداد من جهة، ويمكن أن يتعرض لمخاطر اعساره من جهة أخري. لذا يثور التساؤل حول معرفة الضمانات التى يكفلها النظام القانوني لتأمين حق البائع وبيان أوجه القصور فيها التى أدت إلي تفتق العمل عن الكثير من الضمانات الاتفاقية البديلة لتقوية الإئتمان الذي يمنحه البائع للمشتري. ولا شك أن ذلك كفيل بإلقاء الضوء علي ماهية الشرط موضوع البحث وبيان الأنظمة القانونية المختلفة.

نعرض لكل من نوعي الضمانات: القانونية والاتفاقية فى مطلب مستقل. وينبغي الإشارة إلى أن دراستنا للضمانات المذكورة تقتصر علي بيان مجرد مضمونها، ودورها فى تقوية حق البائع، ومدي كفايتها لأداء ذلك الدور.

المطلب الأول
الضمانات القانونية لحق البائع في الثمن

إذا أخل المشترى بالتزامه بالوفاء بالثمن كان للبائع، طبقاً للقواعد العامة فى العقود الملزمة للجانبين، الحق في حبس المبيع، إذا كان لم يسلمه، حتي

يستوفي الثمن. ويمكنه المطالبة بفسخ البيع واسترداد المبيع. ويستطيع البائع، بدلاً من ذلك، الزام المشتري بأداء الثمن من خلال التنفيذ الجبري علي أمواله، وقد خوله المشرع، فى هذا الصدد، ميزة التقدم علي الدائنين فى استيفاء الثمن من حصيلة بيع المبيع.

يتضح من ذلك أن الضمانات التى يخولها القانون للبائع لا ستيفاء حقه فى الثمن تتمثل فى الحق فى الحبس، الفسخ واسترداد البيع، التنفيذ علي أموال الدين، حق الامتياز الذى يعد ضمانة خاصة بالبائع، بينما تعد الضمانات الأخري مجرد تطبيق للقواعد العامة.

الفرع الأول
الحق في حبس المبيع

(أ) مفهوم:

تنص المادة ٤٥٩ مدني علي أنه ١- إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال فللبائع أن يحبس المبيع حتي يستوفى ما هو مستحق له ولو قدم المشترى رهناً أو كفالة. هذا ما لم يمنح البائع المشترى أجلاً بعد البيع. ٣- وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري فى الأجل طبقاً للمادة ٣٧٣.

يقرر النص أحقية البائع فى حبس المبيع حتى يستوفي الثمن المستحق الأداء. ويعد هذا الحق مجرد تطبيق للقواعد العامة في العقود الملزمة للجانبين، حيث يقضي مبدأ حسن النية بأحقية المتعاقد في الامتناع عن

تنفيذ التزامه حتى يقوم الطرف الآخر بتنفيذ الإلتزام المقابل، وهذا ما يسمي بالدفع بعدم التنفيذ[1].

يظل حق البائع فى حبس المبيع قائماً إلى أن يستوف كامل الثمن وملحقاته المستحقة، فالحق فى الحبس لا يتجزأ ومن ثم لا يجوز للمشتري المطالبة بتسليم بعض المبيع مقابل الجزء الذى تم سداده من الثمن[2]. ولا يسقط الحق فى الحبس حتي لو قدم المشتري رهناً أو كفالة لأن البائع يطلب حقاً واجب الوفاء فى الحال[3]. ينقضي الحق فى الحبس بنزول البائع عنه صراحة أو ضمناً ، كما لو قام بتسليم المبيع مختاراً إلي المشتري أو منحه أجلاً للسداد[4].

(ب) مدي جدوى الحق فى الحبس كوسيلة ضمان:

هل يعد الحق في الحبس وسيلة فعالة لضمان حق البائع في الثمن؟ يصعب التسليم بفاعلية ذلك الحق في تحقيق الغاية المذكورة للأسباب الآتية:

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ١٦١ مدني خولت للمتعاقد في العقود الملزمة للجانبين حقاً في أن يمتنع عن تنفيذ إلتزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما إلتزم به وهذا الحق- وهو ما إصطلح علي تسميته بالدفع بعدم التنفيذ- إن هو الا الحق في الحبس في نطاق العقود الملزمة للجانبين. نقض ١٩٦٥/١١/١١ المجموعة س١٦ ص١٠١٨ .

(٢) السنهوري جـ٤ ص١٠٢٦ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص١٥٣، ١٥٤ .

(٤) تنص المادة ٢٤٨ مدني علي أنه ١- ينقضي الحق في الحبس بخروج الشئ من يد حائزه أو محرزه، ٢- ومع ذلك يجوز لحابس الشئ، إذا خرج الشئ من يده خفية أو بالرغم من معارضته، أن يطلب إسترداده، إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشئ من يده، وقبل إنقضاء سنة من وقت خروجه.

أولا: أن المجال الطبيعي الذى يمكن للحق فى الحبس أن يلعب فيه دوراً فعالاً هو المبيع المنجز، حيث يجوز للبائع الامتناع عن تسليم المبيع بالمقابل لتقاعس المشتري عن دفع الثمن الواجب الأداء. مفاد ذلك أن الحق فى الحبس يتقرر فى حالة ما إذا كان دفع الثمن واجباً وقت تسليم المبيع أو فى حالة استحقاق الثمن قبل حلول موعد التسليم.

وبناء عليه ينعدم دور الحق فى الحبس فى البيع الإئتماني الذي يكون الثمن فيه مؤجلاً إلي وقت لاحق علي موعد تسليم المبيع، وهذا هو الفرض موضوع البحث، ومن ثم لا يستطيع البائع حبس المبيع فى البيع مؤجل الثمن أو البيع بالتقسيط[1]. ومن المتصور، مع ذلك. ممارسة الحق فى الحبس فى ذلك النوع من البيوع فى حالتين الأولي: إذا كان الإلتزام بتسليم المبيع موجل الوفاء هو الاخر بحيث يحل موعده مع حلول أجل الثمن أو بعد ذلك. الثانية، سقوط الأجل المقرر للمشتري لدفع الثمن طبقاً للمادة ٢٧٣ مدنى[2].

ثانيا:يرتبط الحق في الحبس بوجود المبيع فى يد البائع بينما يتمثل الفرض موضوع البحث فى تسليم البائع المبيع إلي المشتري دون أن

---

(١) ذلك أن الإلتزام بالتسليم ،إجب الوفاء فور إبرام العقد ما لم يوجود إتفاق أو عرف مخالف (م٤٦٣ مدني).

(٢) وطبقاً لذلك النص يسقط حق المشتري في الأجل إذا شهر إفلاسه أو إعساره، وإذا أضعف بفعله الي حد كبير ما أعطي البائع من تأمين خاص، أو إذا لم يقدم للبائع ما وعد في العقد بتقديمه من تأمينات.

رأفت محمد أحمد حماد، الحق في الحبس كوسيلة للضمان، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ص٢١٨ .

يستوفي كل أو بعض الثمن، ومن ثم فهو يتعرض لمخاطر عدم الوفاء ويريد بذلك الضمانة التى تؤمنه إخلال المشترى بإلتزامه، ولا يجدي الحق فى الحبس في هذا المجال نظراً لأن البائع لا يستطيع استرداد المبيع لحبسه ولو لم يستوف الثمن المستحق. وليس للبائع أن يحبس المبيع حتي لو رجع إليه بطريق آخر، كإعادة الآلة إلى البائع لإصلاحها[١].

ثالثا: أن الحق في حبس المبيع لا يمنع انتقال ملكيته إلي المشتري طبقاً للقواعد العامة، حيث يمكنه التصرف في الشيء المحبوس سواء بالبيع أو بترتيب أي حق عيني آخر كالرهن والانتفاع والارتفاق. وتسري هذه الحقوق فى مواجهة الحابس إذا تم شهرها قبل ثبوت الحق في الحبس المتعلق بالعقار، أما إذا كنا بصدد منقول فإن الحابس يمكنه الاحتجاج بحقه قبل الكافة طالما كان حسن النية[٢].

ومن المقرر أن مجرد الحق فى حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه (م٢٤٧ مدنى)، ومن ثم لا يستطيع البائع كحابس التنفيذ علي العين المحبوسة بحقه إلا كدائن عادي يتعرض لمزاحمة سائر الدائنين، وليس له الامتناع عن تسليم الشيء علي من يرسو عليه المزاد لأن مباشرته إجراءات التنفيذ علي المبيع تفيد نزوله عن حقه فى الحبس واستعداده لتسليمه. أما إذا باشر التنفيذ دائن آخر كان للحابس الامتناع عن تسليم الشيء إلي الرأسي عليه المزاد حتي يستوفي حقه كاملاً[٣]. وليس للبائع

---

(١) السنهوري جـ٤ فقرة ٤٠٤ .

(٢) إنظر مؤلفنا في أحكام الإلتزام، الإسكندرية ٢٠٠٣ .

(٣) عبد المنعم البدراوي، أحكام الإلتزام ص١٩٦ . فتحي عبد الرحيم، أحكام الإلتزام، ص١٥٧ .

الحابس التنفيذ علي المبيع إذا تصرف فيه المشتري أثناء فترة الحبس لأن الشيء يكون قد خرج من ملك المدين أي من الضمان العام للدائنين، وليس للدائن حق تتبع الشيء وكل ماله هو الامتناع عن تسليمه إلي المتصرف إليه حتي يقتضي حقه[1].

يتضح مما سبق أن الحق في الحبس لا يعطي البائع أفضلية قانونية في إستيفاء حقه من المشتري وبالأولوية علي الدائنين الاخرين. حقاً أن الحابس يوجد من الناحية الواقعية في مركز يمكنه من استيفاء حقه، إلا أن الأمر يتطلب توافر شروط الحق في الحبس من جهة، ويلقي من جهة أخري، على عاتق الحابس الكثير فيما يتعلق بالمحافظة علي العين وصيانتها[2]. استتبع ذلك ضرورة البحث عن ضمانات أخري لحق البائع في الثمن وبصفة خاصة في البيع مؤجل الثمن.

الفرع الثانى

فسخ البيع وسترداد المبيع

إذا أخل المشتري بالتزامه بدفع الثمن المستحق عليه جاز للبائع أن يطلب فسخ البيع واسترداد المبيع. وللتعرف علي مضمون هذا الحق نعرض لحكم القواعد العامة في هذا المقام، ثم نبين الأحكام الخاصة بفسخ المنقول، ونستتبع ذلك بالتساؤل عن مدي فعالية الفسخ في ضمان حق البائع في استيفاء الثمن.

---

(١) محمود جمال الدين ذكي، الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات ١٩٧٨ ص٨٢٤ .

(2) Calata N, Franjou, De la nature juridique du droit de retention, R.T.D.Civ.

(أ) حكم القواعد العامة:

تقتضي المادة ٥٧ مدني بأنه ١- في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض فى الحالتين أن كان له مقتض. ٢- ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتصت الظروف اذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الإلتزام فى جملته.

وبتطبيق النص علي عقد البيع يجوز للقاضي أن يحكم بالفسخ إذا طلب البائع ذلك فى حالة تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن رغم إعذاره وبشرط أن يكون البائع قد قام بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أو مستعداً للقيام بها. يتمتع القاضي بسلطة تقديرية فى الحكم بالفسخ أو رفضه مع الاكتفاء بالتعويض ومنح المدين مهلة للوفاء[١]. ويكون الحكم الصادر بالفسخ منشئاً لا كاشفاً.

وتنص المادة ١٥٨ مدني علي أنه يجوز الاتفاق علي أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، دون حاجة إلي حكم قضائي عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفي من الأعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان علي الإعفاء منه.

يتضح من النص أنه يجوز للأطراف الاتفاق علي الفسخ فى العقد وهو ما يسمي بالشرط الفاسخ الصريح[٢]. وهذا الشرط يجرد القاضي من

---

(١) نقض ٢٦/١٠/١٩٧٢ المجموعة س٢٣ ص١٢٢٠ .

أنظر مؤلفنا في مصادر الإلتزام، الإسكندرية ٢٠٠٣ .

(٢) انظر في ذلك بحثنا «دور القاضي إزاء الشرط الصريح الفاسخ»، الإسكندرية ١٩٩٥ .

سلطتـه التـقـديرية في الحكم بـالفـسخ ولكنه لا يعـفي البـائع من أعـذار المشـتري إلا إذا اتفق صراحة علي عدم الحـاجـة إلي الإعذار[١]. ويـلـزم الإلتجاء إلي المحكمة للحكم بالفسخ، ما لم يتفق صراحة علي اعتبار العقد مفسوخاً بمجرد انقضاء الأجل المحدد للوفاء دون حاجة إلي رفع دعوي الفسخ[٢]، وفى حالة المنازعة فى تحقق الشرط[٣] يتم رفع دعوى الفسخ ويكون حكم المحكمة مقرراً له لا منشئاً.

وتنص المادة ١٦٠ مدني علي أنه إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض.

(١) وتقرر محكمة النقض بأن النص في العقد علي ترتيب آثار الفسخ بغير حاجة الي تنبيه بمجرد حصول المخالفة لشروط العقد، يقوم مقام النص علي الشرط الفاسخ الصريح بلفظه، ولا سبيل لمحكمة النقض علي محكمة الموضوع في هذا التفسير مادامت عبارة العقد تحتمل المعني الذي أخذت به (نقض ١٩٨٦/٥/٢٧) طعن رقم ١٩ س٥٣ ق(مجلة القضاة، السابقة، ص١٤٠).

فالقانون لم يشترط ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح (نقض ١٩٤٨/١٢/٢٣ مجموعة عمر ص٦٨٨).

(٢) وتقرر محكمة النقض بأن الشرط الفاسخ الصريح لا يقتضي الفسخ حتماي بمجرد حصول الإخلال بالإلتزام إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة علي وجوب الفسخ حتماً عند تحققه (نقض ١٩٨٣/١/٩ المجموعة س٢٤ ص٤٩).

(٣) وتقرر محكمة النقض بأنه وان كان الإتفاق علي أن يكون عقد البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون تنبيه أو إنذار عند تخلف المشتري عن سداد قسط من أقساط باقي الثمن في ميعاده من شأنه أن يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ، إلا أن ذلك، منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الإتفاقي ووجوب اعماله، ذلك أن للقاضي الرقابة التامة للتثبت من إنطباق الشرط علي عبارة العقد، كما ان له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون اعماله، فإن تبين له ان الدائن هو الذي تسبب بخطله في عدم تنفيذ المدين لإلتزامه، أو كان إمتناع المدين مشروعاً بناء علي الدفع بعدم التنفيذ في حالة توافر شروطه، وجب عليه أن يتجاوز عن شرط الفسخ الإتفاقي، ولا يبقي للدائن سوي التمسك بالفسخ القضائي (نقض ١٩٧٥/٤/٩ المجموعة س٢٦ ص٧٨٧).

مفاد ذلك إنه يترتب علي فسخ البيع انعدام العقد انعداماً يستند أثره إلي الماضي، فيعتبر كأن لم يكن، وبهذا يعودن المتباعيان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، فيرد كل منهما ما تسلم بمقتضي هذا العقد بعد أن تم فسخه. فالبائع يسترد المبيع وتعود ملكيته إليه، ويلتزم بإعادة ما يكون قد تسلمه من المشتري كجزء من الثمن[1]. وإذا أصبح الرد مستحيلاً حكم القاضي بالتعويض عما استحال رده عيناً.

(ب) أحكام خاصة بفسخ المنقول:

وإذا كانت القواعد العامة السابقة تسري علي كل البيوع الواردة على العقار والمنقول، فإن المشرع خص فسخ بيع المنقول بحكمين اخرين في القانون المدني، وقانون التجارة، نعرض لهما فيما يلي:

أولاً: في القانون المدني: تنص المادة ٤٦١ مدنى علي أنه في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق علي ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع، يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى إعذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك، وهذا ما لم يوجد اتفاق علي غيره.

وضع المشرع هذا النص الذى يعد خروجاً علي القواعد العامة لمواجهة

---

(١) وللبائع، بالإضافة الي ذلك، أن يطالب بالتعويض عما أصابه بسبب تخلف المشتري عن الوفاء بالتزاماته والمصاريف التي تكبدها في هذا المقام، وإذا كان المشتري قد أقام بناءاً علي العين المبيعة أعتبر بانياً بسوء نية مادام الفسخ قد ترتب بسبب آت من جهته (نقض ١٩٧٧/١٢/١٥ س٢٨ ص١٨٢١). والتزام المشتري برد ثمرات العين المبيعة يقابل إلتزام البائع برد فوائد ما قبضه من الثمن بما مؤداه أن من حق المشتري أن يحبس ما يستحق البائع في ذمته من الثمن حتي يستوفي منه فوائد ما دفعه من الثمن (نقض ١٩٧٢/٤/١٨ المجموعة س٢٣ ص٨٢١).

الطبيعة الخاصة للمنقولات فى سرعة وسهولة تداولها وتقلب اسعارها، ويبدو ذلك واضحاً فى المسائل التجارية حيث نكون بصدد عروض وسلع وبضائع يريد أصحابها سرعة إنهاء المعاملات بشأنها.

يقيم النص قرينة بسيطة يجوز اثبات عكسها والاتفاق علي ما يخالفها. مقتضي هذه القرينة إنه إذا اتفق في عقد بيع المنقول علي موعد لدفع الثمن وتسلم المبيع فإن ذلك يكون بمثابة اتفاق علي وجود شرط فاسخ صريح فى العقد يترتب عليه فسخ البيع تلقائياً دون حاجة إلي اعذار إذا اختار البائع ذلك في حالة عدم دفع المشتري للثمن في الميعاد. ويشترط لأعمال هذا الحكم:

١- أن نكون بصدد بيع منقول: سلعة أو بضاعة أو أسهم أو سندات.

٢- أن يكون هناك اتفاق علي ميعاد واحد محدد لدفع الثمن وتسلم البيع، أما إذا كان ميعاد الثمن مختلف عن ميعاد التسليم فإن النص لا ينطبق.

٣- أن يتمسك البائع بحكم النص فهو مقرر لمصلحته فى حالة تأخر المشتري عن الوفاء بالثمن، ولكن بشرط ألا يكون عدم الدفع مرده تمسك المشتري بحقه في الحبس نتيجة تقصير البائع فى الوفاء بالتزامه(١).

---

(١) وتقرر محكمة النقض ان المشرع قد خرج بحكم المادة ٤٦١ علي القاعدة العامة القاضية بعدم إمكان فسخ العقود إلا بعد الإعذار ويحكم من القاضي ما لم يوجد إتفاق صريح علي الإعفاء من ذلك وإشترط لإعمال هذا النص الإستثنائي أن يكون المبيع من العروض وغيرها من المنقولات وأن يكون كل من المبيع والثمن محدداً تحديداً كافياً ومعلوماً للمشتري عند التعاقد، وأن يتخلف المشتري عن دفع الثمن في الميعاد المتفق عليه لتسليم المبيع ودفع الثمن، وأن يختار البائع التمسك بإنفساخ عقد البيع. نقض ١٩٧٩/١٢/٣١ س٣٠ ص٤٢٣ .

ثانياً: فى قانون التجارة[1]:

- إذا فسخ عقد البيع بحكم أو بمقتضي شرط فى العقد قبل صدور الحكم بشهر إفلاس المشتري، جاز للبائع استرداد البضائع[2] كلها أو بعضها فى التفليسة بشرط أن توجد عيناً.

- ويجوز الاسترداد ولو وقع الفسخ بعد صدور حكم شهر الإفلاس بشرط أن تكون دعوى الاسترداد أو دعوى الفسخ قد رفعت قبل صدور هذا الحكم.

- إذا أفلس المشتري قبل دفع الثمن وكانت البضائع لا تزال لدي البائع. جاز له حبسها.

- وإذا أفلس المشتري بعد إرسال البضائع إليه وقبل دخولها مخازنه أو مخزن وكيله المكلف ببيعها، جاز للبائع استرداد حيازتها، ومع ذلك لا يجوز الاسترداد. إذا فقدت البضائع ذاتيتها، أو تصرف فيها المفلس قبل وصولها، بغير تدليس، بموجب وثائق الملكية أو النقل.

- وفي جميع الأحوال يجوز لأمين التفليسة، بعد استئذان قاضي التفليسة، أن يطلب تسليم البضائع بشرط أن يدفع للبائع الثمن المتفق عليه، فإذا لم يطلب أمين التفليسة ذلك جاز للبائع أن يتمسك بحقه في الفسخ وطلب التعويض والاشتراك به فى التفليسة.

---

(١) قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

(٢) يتكلم النص عن البضائع، إلاأن احكمهه عام التطبيق بالنسبة لكافة المنقولات المبيعة.

- إذا أفلس المشتري قبل دفع الثمن وبعد دخول البضائع مخازنه أو مخازن وكيله المكلف ببيعها، فلا يجوز للبائع أن يطلب فسخ البيع أو استرداد البضائع، كما يسقط حقه في الامتياز.
- وكل شرط يكون من شأنه تمكين البائع من استرداد البضائع أو الاحتفاظ بامتيازه عليها لا يحتج به علي جماعة الدائنين[1].

(جـ) عدم جدوى الفسخ في ضمان حق البائع:

إن حق البائع، في حالة عدم وفاء المشتري بالثمن، في فسخ العقد واسترداد المبيع لا يشكل ضمانه كافية لاستيفاء حقه في البيع الإئتماني للأسباب الآتية:

أولا: لا يجوز الحكم بإجابة طلب الفسخ واسترداد المبيع إلا بعد ثبوت إخلال المشتري بالتزامه بالوفاء بالثمن كلياً أو جزئياً، ويتحقق الإخلال بالنسبة للثمن المستحق الأداء دون الثمن المؤجل أو المقسط. ويتضمن البيع بالتقسيط، في الغالب، شرطاً مؤداه حلول باقي الأقساط في حالة التخلف عن دفع قسط، ويكون للبائع الحق في المطالبة بكل الأقساط، فإذا استمر المشتري في عدم الدفع، جاز المطالبة بفسخ البيع واسترداد المبيع[2].

والواقع أن نظام الفسخ لا يتفق مع طبيعة البيع الإئتماني وغايته، فالبائع يرمي إلى تنفيذ العقد لا انحلاله، تحقيقاً لرواج نشاطه الاقتصادي، ومن ثم

(١) أنظر المواد ٦٢٩:٦٣١ من قانون التجارة.

(٢) استئناف مختلط ١٩٤٣/٤/٢٠ م٥٥ ص١٣٥ . ولكن قانون التجارة نص علي أن الاتفاق علي حلول الثمن بأكمله عند عدم دفع أحد الأقساط في ميعاد إستحقاقه لا يكون نافذاً إلا إذا تخلف المشتري عن دفع قسطين متتالين علي الأقل (م١٠٥:١٠٧) من القانون ١٩٩٩/١٧

فإنه يحرص ما أمكن علي استيفاء الثمن دون استرداد المبيع. لا شك أن الفسخ يمثل سلاحاً تهديدياً لحمل المشتري علي السداد[1]، إذا كان راغباً في الاحتفاظ بالمبيع. إلا أن المشترى المتقاعس، غالباً، ما لا تكون لديه تلك الرغبة لسبب أو لآخر. وهذا ما لا يفضله البائع، خاصة وأن أعمال الأثر الرجعي للفسخ يتسم بالكثير من المصاعب كما سنري.

ثانيا: أن الفسخ لا يقع، في الأصل، إلا بحكم من القضاء؛ فالفسخ لا يقع بمجرد تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن، بل يستوجب الأمر عرض الأمر علي المحكمة ليتبين القاضي مدي الإخلال بالإلتزام ويتمتع بسلطة تقديرية فى إجابة طلب الفسخ، حقاً أن الأطراف يمكنهم تضمين العقد شرطاً صريحاً فاسخاً من شأنه أن يسلب المحكمة كل سلطة فى صدد الفسخ متى تحققت من حصول المخالفة الموجبة له، إلا أن ذلك منوط بأن تكون صياغته الشرط واضحة ولا تثير أى لبس حلو مضمونه ومداه[2].

ثالثاً : أن ملكية المبيع تنتقل، في الأصل، إلى المشتري بمجرد التعاقد ويصبح من حقه التصرف فيه مادياً أو قانونياً. يؤدى فسخ البيع إلى محو العقد وإزالته بأثر رجعي. ويصعب إعمال هذا الأثر، عملاً، لتعارض ذلك مع التصرفات التى يكون المشتري قد أجراها علي المبيع مما يستوجب، في كثير من الحالات، تحول حق البائع فى الاسترداد إلى مجرد التعويض:

---

(١) حيث يجوز له تفادي الفسخ بعرض الثمن قبل الحكم النهائي بالفسخ، عبد الحي حجازي، مدي خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية ٢٠ ، ص٢٧- انظر بحثنا السابق.

(٢) انظر ما سبق ص٤٤ .

١- فقد يتصرف المشتري فى المبيع مادياً باستهلاكه أو بتغيير حالته كتحويل الخشب إلي أثاث أو طحن الغلال أو تفصيل القماش إلي ملابس[١]، هنا يتعذر اعمال الفسخ وبالتالى الاسترداد ويستعاض عنه بالتعويض.

٢- وقد يتصرف المشتري في المبيع تصرفاً قانونياً قبل أن يتقرر الفسخ، فإذا كان المبيع منقولاً وتسلمه المتصرف إليه بحسن نية[٢]، كان من حقه التمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية، ولا يتأثر حقه بالفسخ ولن يتمكن البائع من استرداد المبيع ولا يكون أمامه سوي التعويض[٣].

وإذا كان المبيع عقاراً وتصرف فيه المشتري، فإن المتصرف إليه حسن النية يحتج بحقه قبل البائع الأصلي طالما كان قد سجل عقده قبل شهر دعوي الفسخ. مؤدي ذلك أن فسخ بيع العقار لا يسري في حق الغير الذي كسب حقاً علي هذا العقار بحسن نية وقام بتسجيل حقه قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ. فإذا كان المشتري قد باع العقار وسجل المشتري الثاني حسن النية عقده قبل تسجيل دعوي الفسخ فإن الملكية تبقي له ولا يكون أمام

---

(١) ولا يعتبر تغيراً لحالة المبيع يحول دون الفسخ أن يصبح المنقول عقاراً بالتخصيص طالما ظل المنقول محتفظاً بذاتيته المادية، كالحاق الماشية والآلات بالأرض الزراعية. السنهوري جـ٤ ص١٠٣٧ هامش٣ .

(٢) سواء أكان مشترياً أو دائناً مرتهنا رهناً حيازياً.

(3) Deprez J. Les sanctions de l'inexecution des obligation contractuelles en droit Civil et commercial français in Trav. de l'assoc. de H.Capitant, T.XVIII, 1964.

البائع الأول سوي الحق في التعويض. وإذا كان المشتري قد رهن العقار إلي دائن حسن النية قام بشهر حقه قبل تسجيل دعوى الفسخ. فإن فسخ البيع لا يؤثر على حق الدائن المرتهن وتعود العين إلى البائع الأصلى محملة بالرهن[1].

وينبغي الإشارة إلي أنه بالنسبة للفسخ الناجم عن عدم دفع باقي الثمن ينفذ حكم الفسخ فى حق الغير ليس من وقت شهر دعوى الفسخ فحسب، بل من وقت تسجيل عقد البيع إذا كان مذكوراً فيه عدم دفع الثمن كله، لأن ذكر ذلك فى العقد المسجل يكفي لإحاطة الغير علماً باحتمال تأخر المشتري فى دفع باقي الثمن واحتمال فسخ البيع تبعاً لذلك[2].

٣- وبالنسبة لعقود الإدارة، فالأصل أن اعمال الإدارة التى يبرمها المشتري على المبيع تظل قائمة لصالح من تعامل معه بحسن نية. ويعد من اعمال الإدارة الإيجار الذي لا تزيد مندته علي ثلاث سنوات، ويظل سارياً فى مواجهة البائع رغم فسخ البيع واسترداد المبيع[3].

رابعـــا: يسقط حق البائع في رفع دعوى الفسخ إذا قام دائنوا المشتري بالحجز علي العقار المبيع وبيعه بالمزاد العلني، حيث يؤدى ذلك إلي تطهير

---

(١) وقد طبق المشرع ذلك بصدد المادة ١٠٣١ مدني حيث تقضي بأنه «يبقي لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أوفسخه أو الغاؤه أو زواله لأي سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن».

(٢) سليمان مرقس، عقد البيع ١٩٩٠، ص٦٧٨ .

(٣) م ٥٥٩، ٢/٧٠١ مدني.

العقار من دعوى الفسخ. لذا يجب علي الدائن الحاجز إعلان البائع الذى لم يستوف الثمن حتي يتمكن من ممارسة حقه فى الفسخ، فإذا أراد البائع أثناء إجراءات التنفيذ رفع دعوي الفسخ لعدم دفع الثمن أو الفرق، فعليه أن يرفعها بالطرق المعتادة ويدون ذلك في ذيل قائمة شروط البيع قبل الجلسة المحددة للنظر فى الاعتراضات بثلاثة أيام علي الأقل. وإلا سقط حقه في الاحتجاج بالفسخ علي من حكم بإيقاع البيع عليه. وإذا رفعت دعوي الفسخ وأثبت ذلك فى ذيل قائمة شروط البيع فى الميعاد السابق وقفت إجراءات التنفيذ علي العقار [١].

خامسا: يسقط حق البائع، بصفة عامة، في طلب الفسخ بمجرد الحكم بإفلاس المشترى أو إعساره[٢]، ولا يكون أمام البائع سوي الدخول فى التفليسة بالثمن حيث يخضع لقسمة الغرماء كأصل عام [٣]، ويختلف الأمر بطبيعة الحال، إذا كان المبيع لم يسلم بعد للمشترى، هنا يحتفظ البائع، الذى لم يستوف الثمن، بضماناته القانونية، المتمثلة في الحبس والاسترداد والامتياز. ويجوز للبائع استرداد المبيع المعين بالذات إذا رفع دعوي الفسخ قبل الإفلاس ولو قضي له بالفسخ بعد الحكم بالإفلاس[٤].

---

(١) م ٤٥٠ ، ٤٢٥ مرافعات.

(٢) إنظر المادة ٦٢٩، ٦٣٠، ٦٣١ من قانون التجارة.

(٣) ذلك ان البضائع الموجودة في حيازة المشتري تعد عنصراً من عناصر الإئتمان الذي إعتمد عليه الدائنون العاديون وإعتبروها ضماناً لهم، فليس من العدل حرمانهم من هذا الضمان الذي خلقه البائع بتسليمه البضاعة الي المشتري قبل إستيفاء ثمنها، لهذا نص المشرع علي عدم جواز تمسكه بفسخ البيع وإسترداد المبيع ،إستئناف القاهرة ١٩٥٨/١/٢٨، موسوعة جمعة، رقم ٩٢٧).

(٤) وذلك إستناداً الي الاثر الرجعي للفسخ، مصطفي طه ص٤٦٥ .

الفرع الثالث

إمتيـاز البائـع

(أ) الحق فى التنفيذ على أموال المشترى :

إن البائع دائن بالثمن ويمكنه إلزام المشتري بالوفاء به وذلك من خلال التنفيذ الجبري علي أمواله. فالبائع، شأنه في ذلك شأن باقي الدائنين، يتمتع بحق الضمان العام علي جميع أموال المشتري بما ذلك الشئ المبيع.

ينطوي هذا الطريق بالنسبة للبائع، علي قدر كبير من المشقة والمخاطرة، حيث يقتضي الأمر منه عناء الدخول في ساحات القضاء كمدعي يطالب بحقه بغية الحصول علي حكم قضائي واجب النفاذ كسند تنفيذي يمكنه من التنفيذ علي أموال المشتري، بالإضافة الي بطء وصعوبة تلك الإجراءات يتعرض البائع لمخاطر إعسار أو إفلاس المدين والدخول في قسمة غرماء مع باقي الدائنين. لذا خول المشرع البائع حق إمتياز علي المبيع لضمان إستيفاء الثمن وملحقاته، ونعرض لمضمون هذا الحق ثم نبين مدي جدواه في ضمان إستيفاء البائع لثمن المبيع.

(ب) مضمون إمتياز البائع :

الإمتياز بصفة عامة هو أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته (م١١٣٠ مدني) ويخول الإمتياز لصاحبه أولوية إستيفاء حقه من ثمن المال المحمل به بالأولوية علي الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، وله كذلك سلطة تتبع المال محل إمتيازه في أي يد يكون[١]

(١) وذلك بالنسبة للإمتياز الخاص الذي يرد علي مال معين، اما الإمتياز العام الذي يرد علي مجموع أموال المدين، فلا يمنح صاحبه حق التتبع. أنظر في تفصيل ذلك: عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات الشخصية والعينية ١٩٥٤ ص٦٧٣ .

طالما كان هذا الإمتياز نافذاً في مواجهة الغير.

أضفي المشرع صفة الإمتياز علي دين الثمن حيث يكون للبائع أولوية إستيفاء حقه من قيمة المبيع، منقولاً كان أو عقاراً، علي الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، وقد دعت إعتبارات العدالة الي تقرير إمتياز البائع، فهو الذي أدخل المبيع في ذمة المشتري دون أن يستوفي حقه ومن ثم فإن السماح للدائنين الآخرين بالحصول علي حقوقهم، من ثمن المبيع، قبله يعد إثراءاً علي حسابه.[1]

جاءت المادة ١١٤٥ لتقرر إمتياز بائع المنقول بقولها: «١- ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته يكون له إمتياز علي الشئ المبيع، ويبقي الإمتياز قائماً مادام المبيع محتفظاً بذاتيته، وهذا دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية. ٢-ويكون هذا الإمتياز تالياً في المرتبة لما تقدم ذكره من حقوق الإمتياز الواقعة علي منقول، إلا أنه يسري في حق المؤجر وصاحب الفندق إذا ثبت أنهما كانا يعلمان به وقت وضع المبيع في العين المؤجرة أو الفندق».

وجاءت المادة ١١٤٧ لتقرر إمتياز بائع العقار بقولها: «ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته يكون له إمتياز علي العقار المبيع. ٢- ويجب أن يقيد الإمتياز ولو كان البيع مسجلاً، وتكون مرتبته من وقت القيد».

يضمن الإمتياز الثمن وملحقاته كالفوائد والمصروفات أو المتبقي منه في ذمة المشتري، ويستوي أن يكون الثمن حالاً أو مؤجلاً أو مقسطاً، ولا يثبت

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٦١٩ .

الإمتياز الا بصدد البيع الصحيح الناقل للملكية، لذلك فهو لا يثبت في البيع الباطل، أو لبائع ملك الغير، أو لبائع الأشياء المثلية قبل فرزها، أو للبائع الذي يحتفظ بملكية المبيع لحين إستيفاء الثمن.[1]

يرد الإمتياز علي المبيع ذاته، فإذا كنا بصدد عقار شمل الإمتياز ملحقاته كالعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات والثمار التي تلحق به منذ تسجيل تنبيه نزع الملكية. وحق الإمتياز لا يقبل التجزئة، فهو يشمل كل المبيع ولو كان الحق المضمون هو جزء من الثمن.[2]

(حـ) مدى جدوى إمتياز البائع فى ضمان حقه:

إن إمتياز البائع لا يؤمن حقه في الثمن بصورة مطلقة للأسباب الآتية:

أولا : إن إمتياز البائع لا يخول التقدم بصفة مطلقة علي سائر الدائنين، فحق البائع يأتي في المرتبة بعد حقوق الإمتياز العامة[3]. وتتحدد مرتبة إمتياز بائع العقار، بعد ذلك، طبقاً لوقت قيده. أما إمتياز بائع المنقول فيأتي في الترتيب بعد كل من[4] إمتياز المصروفات الزراعية وإمتياز المؤجر وإمتياز صاحب الفندق.[5]

---

(١) انظر في ذلك مؤلفنا في النظرية العامة للائتمان، الإسكندرية ٢٠٠٠ .

(٢) جمال ذكي، التأمينات الشخصية والعينية ١٩٧٩ ص٤٦٥ .

(٣) مثل إمتياز المصروفات القضائية، والمبالغ المستحقة للخزانة العامة. وإمتياز ديون النفقة.

(٤) وبعد حقوق الإمتياز العامة بطبيعة الحال.

(٥) ولكن البائع يمكن التمسك بإمتيازه في مواجهة المؤجر وصاحب الفندق اذا ثبت أنهما كانا يعلمان بحقه وقت وضع المبيع في العين المؤجرة أو الفندق.

ثانيـا: إن إمتيـاز البائع لا يخوله، بصفـة دائمة، سلطة تتبع المبيع للتنفيذ عليه، فقد تنتقل ملكية العقار المبيع الي شخص آخر بموجب سند يطهره من الإمـتياز، كنزع ملكيته للمنفعة العامـة، أو بيـعه جبـراً في مزاد علني حيث يترتب علي تسجيل حكم مرسي المزاد تطهير العقار من الحقوق التي تثقله (م٤٥٠ مـرافعـات)، وينتقل حـق البـائع الـي الـتعويض المسـتحق في الحالة الأولي والي الثمن الذي رسا بـه المزاد في الحالة الثـانيـة، ونفس الحكم في حالة إنتقـال حيـازة المنقول المبيـع الي شخص آخر حسن النيـة، فالبـائع لا يستطيـع التمسك بحقه في مواجهـة المشتري الثـاني الذي يستند الي مبدأ الحيازة بحسن نية.

ثالثا، يفقد البائع حقه في الإمتياز على المنقول المبيع في حالة هلاكه[١] أو تغيره تغيراً تاماً علي نحـو يؤدي الي فقد ذاتيته وإضاعة معالمه، كتحـول القمح الي دقيق أو خبز وتحول مواد البناء الي مباني، ويبقي الإمتياز إذا كان التغيير لا يؤدي إلي إنعدام ذاتية المنقول أو ضياع معالمه، كتحول الخشب الي آثاث، والقماش إلي ملابس، والحاق المنقول بالعقار ليصبح عقاراً بالتخصيص[٢]. وإذا وضع المشتري المنقول في العين التي يستأجرها أو ضمن أمتعته في فندق، لا يستطيع البائع التمسك بإمتيازه في مواجهة كل من المؤجر أو صاحب الفندق طالما كانا حسني النية.[٣]

---

(١) وينتقل الإمتياز، كقاعدة عامة، الي مبلغ التعويض أو التأمين المستحق عن هلاك المبيع.

(٢) وإذا كان العقار الاصلي مرهوناً، فان إمتياز البائع لا يسري في مواجهة الدائن المرتهن حسن النية. السنهوري جـ١٠ ص٩٩٤ .

(٣) توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية ١٩٨٤ ص٢٩٥ .

رابعـاً : لا يسري إمتياز بائع المنقول، الذي إنتقلت حيازته الى المشتري المفلس، في مواجهة جماعة الدائنين، ولا يسري إمتياز بائع العقار في مواجهة جماعة الدائنين الا إذا كان مقيداً قبل صدور الحكم بشهر إفلاس المشتري.[١]

خامساً: إن إعمال البائع لحق الإمتياز من خلال التنفيذ علي المبيع أمر يتطلب الكثير من الجهد والمشقة، خاصة وأنه يوجد، غالباً، في حيازة المشتري، مما قد يستوجب إتخاذ إجراءات الحجز التحفظي تفادياً لسوء نية الأخير.[٢]

المطلب الثانى

الضمانات الإتفاقية لحق البائع فى الثمن

يمكن للبائع، بالإتفاق مع المشتري، أن يحصل، بالإضافة الي الضمانات القانونية، علي ضمانات خاصة أخري يؤمن بها حقه في إستيفاء الثمن المؤجل أو المتبقي منه، وتأخذ الضمانات الإتفاقية في الحياة العملية، العديد من الصور أبرزها[٣]: التأمينات العينية والخصية، الشرط الجزائي والشرط المانع من التصرف، شرط الإحتفاظ بالملكية.

---

(١) محمد سامي مدكور، علي حسن يونس، الإفلاس ١٩٦١ فقرة ٣١١ .

(٢) ابراهيم دسوقي أبو الليل ص١٧٢ .

(٣) انظر عرض هذه الضمانات وتقسيماتها بالفصيل: إبرهيم الدسوقي أبو الليل ص١٧٣ وما بعدها.

وانظر كذلك:

Legeais, Les garanties Conventionnelles sur Créances, 1986.

الفرع الأول
التأمينات العينية والشخصية والتأمين

(أ) مضمون التأمينات العينية والشخصية :

يتمتع الدائن بحق الضمان العام علي ذمة مدينه، ويعني ذلك أن جميع أموال المدين، الحاضر منها والمستقبل، تضمن الوفاء بديونه. ويتساوي كل الدائنين في هذا الضمان، إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون (م٢٣٤ مدني).

يحاول الدائن تفادي مخاطر إعسار أو أفلاس المدين، حيث يمكن أن يتعرض حقه للضياع إثر دخوله في قسمة غرماء مع باقي الدائنين، بحصوله علي ضمانة إتفاقية يقوي بها مركزه القانوني.

١ - يمكن للدائن الحصول علي سبب من أسباب التقدم القانونية وهي التأمينات العينية التي تتمثل في تخصيص مال معين من أموال المدين لضمان الوفاء بدين الدائن، حيث يكون له مكنه التقدم في إستيفاء حقه علي سائر الدائنين عند توزيع ثمن هذا المال، وله أيضاً حق تتبع المال وإعادته الي ذمة مدينه ليمارس عليه حقه في التقدم. نظم المشرع التأمينات العينية بنصوص محددة علي سبيل الحصر.[١] ينشأ بعضها بالإتفاق كالرهن الرسمي والحيازي، وينشأ البعض الآخر بنص القانون كحقوق الإمتياز. وقد ينشأ التأمين العيني بحكم من القضاء كحق الإختصاص. يرد بعض

---

(١) خصص المشرع الكتاب الرابع من القانون المدني لتلك التأمينات (المواد ١٠٣٠ : ١١٤٩) .أنظر مؤلفنا في النظرية العامة للإئتمان.

التأمينات العينية علي العقار مثل الرهن الرسمي وحق الإختصاص، ويرد البعض الآخر علي العقار والمنقول كالرهن الحيازى وحقوق الإمتياز. ولا يشترط، كقاعدة عامة، نقل حيازة العين محل التأمين العيني الي الدائن الا في حالة الرهن الحيازي.

يتمتع البائع، بوصفه دائناً للمشتري بالثمن، بحق إمتياز، كما رأينا، علي الشئ المبيع، ويمكن الحصول من القاضي علي حق إختصاص علي عقار أو أكثر من عقارات المشتري بعد الحصول علي حكم واجب النفاذ يلزمه بدفع الثمن. ويستطيع البائع أن يطلب من المشتري ترتيب رهن رسمي أو حيازي علي مال معين لضمان الوفاء بالثمن.

٢ - ويمكن أن يؤمن الدائن حقه من خلال التأمين الشخصي والذي يتمثل في إلتزام شخص آخر مع المدين بالوفاء بالدين. فالدائن يكون أمامه أكثر من مدين بنفس الدين، فإذا أعسر أحدهم كان يسار الآخر ضامناً الوفاء بحقهِ. لعل الكفالة(١) أبرز صورة للتأمين الشخصي. ويوجد الي جانبها أيضاً التضامن وعدم قابلية الدين للإنقسام والإنابة الناقصة، حيث يوجد في هذه الحالات من يلتزم شخصياً بالوفاء بالدين الي جانب المدين الأصلي.(٢)

---

(١) بنوعيها: الشخصية أو المصرفية التي قد تأخذ شكل خطاب الضمان أو ضمان الأوراق التجارية بقبولها أو بكفالتها، أنظر، علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك ١٩٨١٠ ص٤٨٤٧، ٥٩٠

(٢) إنظر في دراسة هذه الأنظمة القانونية مؤلفنا فى النظرية العامة للإلتزام.

(ب) دور التأمين فى ضمان حق الدائن:

ويمكن أن يلعب التـأمين دوراً هامـاً في ضـمـان حق البـائـع وذلك من خلال عدة صور، فقد يلتزم المشتري بالتأمين علي حياته بمبلغ يعادل الثمن لصالح البائع يحصل عليه إذا حل بالأول مكروه[1]. وقد يلتزم المشتري بالتأمين علي العين المثقلة بالتأمين العيني (العقار المرهون مثلاً) حيث يتعلق حق البائع بمبلغ التأمين أو التعويض في حالة هلاك تلك العين[2]. وقد يلتزم المشتري بالتأمين علي المبيع ذاته بمبلغ يعادل قيمة الثمن المؤجل يحصل عليه البائع عند فقد البيع أو هلاكـــه[3]. ويمثل بقاء المبيع أهمية معينة بالنسبة للبائع سواء لأنه يحتفظ بملكيتـه رغم وجوده في حيازة المشتري أو لأنه يستطيع إسترداده أثر فسخ البيع عند تخلف المشتري عن الوفاء، وأخيراً فإن التأمين يمكن أن يتخذ صورة تأمين الدين حيث يقوم البائع بالتأمين ضد مخاطر إعسار المشتري أو عدم قيامه بسداد الثمن.[4]

(جـ) جدوى التأمينات العينية والشخصية والتأمين فى ضمان حق البائع:

لاشك في أهمية التأمينات السابقة في ضمان حق البائع في الثمن، حيث يضعه التأمين العيني في مركز متميز عن غيره من الدائنين وبقية مخاطر إعسار المشتري. وهو أيضاً يتقي تلك المخاطر من خلال كل من التأمين والكفالة، خاصة إذا كانت مصرفية.

---

(1) Picard M. et Besson A., Le Contrat d'assurance, 2eme éd., n.505.

(2) Y. Lambert-Faivre, Droit des Assurances, 7eme éd. P.331.

(3) Prière de L'isle g., Droit des Assurances, 1973, P. 1973, P.262.

(4) Jacop N. et Le Tourneau ph., Les Assurances, 1974., P. 299.

وأنظر مؤلفنا في أحكام التأمين.

إلا أنه ليس من السهل دائماً الحصول علي تلك التأمينات حيث يصعب علي المدين، غالباً، تقديمها سواء لعدم توافرها أو لإرتفاع تكلفتها، فقد لا يجد المشتري كفيلاً أو مالاً يقدمه رهناً. ويشكل التأمين عبئاً مالياً علي المشتري الذي يكون غالباً في حاجة كبيرة الي الإئتمان.

أضف الي ذلك ما تنطوي عليه الضمانات السابقة من بعض المخاطر والعيوب، فالتأمينات العينية قد تسبقها حقوق أخري كحقوق الإمتياز العامة والرهون وحقوق الإمتياز الخاصة الأسبق في القيد، يقتضي الرهن الرسمي العديد من الإجراءات القانونية كالقيد والتجديد وإجراءات بيع العقار. يلقي الرهن الحيازي علي عاتق الدائن عدة إلتزامات تتعلق بحفظ وإستغلال المال المرهون. تتوقف جدوي الكفالة علي مدي يسر وملاءة الكفيل الذي يتعرض هو الآخر لخطر الإعسار.

الفرع الثانى

الشرط الجزائى

(أ) مفهوم :

الشرط الجزائي هو مبلغ جزافي يقدر به الطرفان مقدماً التعويض المستحق عن الضرر الذي يلحق أحدهما نتيجة خطأ الطرف الآخر، فهو تقدير إتفاقي للتعويض يتم الإتفاق عليه قبل وقوع الضرر بالفعل، حيث يتفق المتعاقدان مقدماً علي تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لإلتزامه أو التأخير فيه، وتنص المادة ٢٢٣ علي ذلك

بقولها «يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في إتفاق لاحق.[1]

وإذا كان الشرط الجزائي، في الأصل، هو تقدير إتفاقي مقدم للتعويض، إلا أن الأطراف يلجأون إليه، أحياناً، كعقوبة مدنية أو كجزاء، بهدف حث المتعاقد علي تنفيذ إلتزامه، فالشرط الجزائي يلعب أساساً، دوراً تعويضياً بحتاً، من خلال التحديد المسبق للتعويض عن الضرر المتوقع بسبب الإخلال بالإلتزام، ولكن الأطراف يتفقون، أحياناً، علي مبلغ يفوق قيمة الضرر بهدف تشديد مسئولية المدين، ويقوم الشرط في هذه الحالة بدور التهديد المالي حيث يهدف الي تحذير المدين من الإخلال بإلتزامه وتهديده بالجزاء الشديد المشترط لحمله علي الوفاء في الموعد المتفق عليه.[2]

(ب) جدوى الشرط الجزائي :

يلجأ المتعاقدان في البيع الإئتماني، أحياناً الي الشرط الجزائي كوسيلة تأمينية لضمان قيام المدين بتنفيذ إلتزامه، حيث يتم الإتفاق علي مبلغ كبير من المال يلتزم المدين بدفعه في حالة الإخلال بالإلتزام. ولكن فعالية الشرط المذكور، في أداء تلك الوظيفة، تتضاءل أمام السلطة التي يتمتع بها القاضي في إستبعاد تطبيقه أو تخفيضه[3]، حيث تقضي المادة ٢٢٤ بأنه ١، – لا يكون التعويض الإتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه

---

(١) ويراعي في هذه الحالة احكام المواد من ٢١٥ الي ٢٢٠ مدني.

(١) جمال ذكي، الإلتزامات، فقرة ٣٧٧، ٣٧٨ .

(٢) اضف الي ذلك ان الشرط الجزائي لا يقي الدائن من مخاطر افلاس أو أعسار المدين وتعرضه لمزاحمة سائر الدائنين.

أي ضرر ٢- ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه الي درجة كبيرة، أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. ٣- ويقع باطلاً كل إتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين».

وقد طبق المشرع تلك المبادئ بصدد البيع بالتقسيط حيث تقضي المادة ٢/٤٣٠ بأنه: «إذا كان الثمن يدفع أقساطاً، جاز للمتعاقدين أن يتفقا علي أن يستبقي البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤، وعلي ذلك فإن المدين بالأقساط قد لا يعبأ بالشرط الجزائي لثقته في إمكانية المطالبة بتخفيض قيمته المبالغ فيها التي تمثل الجانب الضاغط عليه، خاصة وأن سلطة القاضي في هذا الصدد أمر يتعلق بالنظام بالعام لا يجوز الإتفاق علي إستبعادها أو الحد منها.

الفرع الثالث

الشرط المانع من التصرف

(أ) مضمون الشرط:

يمكن أن يشترط البائع عدم تصرف المشتري في المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن، وهذا ما يعرف بالشرط المانع من التصرف الذي بمقتضاه يشترط المتصرف علي المتصرف اليه، لباعث مشروع، عدم التصرف في الشئ مدة زمنية معقولة.

يقر المشرع الشرط المذكور، إستثناءاً من القواعد العامة التي تقضي

بحرية تصرف المالك في ملكه، بشرطين: الباعث المشروع، والمدة المعقولة، وتعبر المادة ٨٢٣ عن ذلك بقولها: «١- إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً علي باعث مشروع ومقصوراً علي مدة معقولة. ٢- ويكون الباعث مشروعاً متي كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير. ٣- والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدي حياة المتصرف أو المتصرف اليه أو الغير».

يتضح من ذلك أن الإتفاق علي الشرط المانع من التصرف يكون صحيحاً في البيع الإئتماني مؤجل الثمن، حيث لاشك في مشروعية الباعث الا وهو ضمان إستيفاء الثمن وحث المشتري علي الوفاء به.[1] ولا شك أيضاً في أن مدة الشرط تكون معقولة لأنها تتمثل في فترة الوفاء بالأقساط المؤجلة.[2]

(ب) جدوى الشرط فى ضمان حق البائع :

يمكن أن يلعب الشرط المانع من التصرف بالملكية دوراً هاماً في حفظ وضمان حق البائع في الثمن نظراً لأن يد المشتري تظل مغلولة عن التصرف في العين حتي يتم الوفاء بكل الثمن، فهو بذلك يفقد، مؤقتاً، أهم عنصر من عناصر حق الملكية، ويقع كل تصرف مخالف للشرط المانع

---

(١) استئناف مختلط ١٩١١/٣/٢ م٢٣ ص٢٠٨ وقد اشترط فيه البائع- دون أن يحتفظ بملكية المبيع- ألا يتصرف المشتري في المبيع قبل الوفاء بثمنه، ما لم يوفي المشتري من المشتري بالثمن (مشار اليه في السنهوري جـ٤ ص ٢٢٠ هـ١).

(٢) انظر مؤلفنا في الحقوق العينية الأصلية، الأسكندرية ٢٠٠٣ .

باطلاً[1]، ويؤدي ذلك الي حث المشتري علي الوفاء بالثمن كي يتمكن من ممارسة مكنات حق الملكية كاملة.

أضف الي ذلك أن الشرط المانع من التصرف يؤدي الي بقاء المبيع في يد المشتري الي حين الوفاء بكامل الثمن، ومن شأن ذلك ضمان فعالية حق البائع في طلب الفسخ وإسترداد المبيع في حالة التخلف عن الوفاء بالثمن[2]، بل أن مخالفة حكم الشرط تخول المتعاقد الذي إشترطه، فضلاً عن طلب بطلان التصرف المخالف، الحق في فسخ العقد الأصلي الوارد فيه الشرط «متي كان من الشروط الأساسية للتعاقد والتي بدونها ما كان يتم إذ تكون مخالف المتعاقد الآخر له في هذه الحالة إخلالاً منه بأحد إلتزاماته الجوهرية مما يجيز للمتعاقد معه طلب فسخ العقد طبقاً للمادة ١٥٧/١ من القانون المدني».[3]

ويمكن أن يعاب، مع ذلك، علي الشرط المانع من التصرف أنه لا يقدم

---

(١) تنص المادة ٨٢٤ علي أنه «إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة، فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً. ويختلف الرأي حول طبيعة هذا البطلان بين قائل بالبطلان المطلق وقائل بالبطلان النسبي، إنظر في عرض هذا الخلاف، السنهوري، جـ٨، ط١٩٩١، ص٦٥١ ومابعدها. وتستقر محكمة النقض علي أن البطلان نسبي. نقض ١٩٧٥/١٢/٢١ المجموعة س٢٦ ص١٧٤٧، ١٩٨٣/٣/٢٤ س٣٤ ص٧٦٣ .

(٢) ولا يمنع وجود الشرط المانع من التصرف في العقد المتعاقد من طلب فسخ هذا العقد إستناداً الي الأحكام العامة المقررة للفسخ في العقود الملزمة للجانبين. نقض ١٩٦٨/٦/٢٧ المجموعة س١٩ ص١٢٢٣ .

(٣) وقد يشترط البائع عادة حلول موعد إستحقاق الثمن المؤجل بمجرد تصرف المشتري في المبيع بالمخالفة للشرط المانع من التصرف.

ضمانات عينية أو شخصية مباشرة للبائع تضمن له إستيفاء حقه في الثمن، فهو يظل مهدداً بمخاطر إعسار المشتري ومزاحمة باقي الدائنين في حالة التنفيذ علي أمواله بصفة عامة، وعلي ثمن المبيع خاصة اللهم الا إذا تمسك بحق إمتيازه كبائع على هذا الثمن.

(جـ) مقارنة الشرط المانع من التصرف بشرط الإحتفاظ بالملكية:

لعل المقارنة بين الشرط المانع من التصرف وشرط الإحتفاظ بالملكية تجد ما يبررها في هذا المقام، لبيان مدي جدوي كل منهما في ضمان حق البائع في الثمن.

يعد الشرط الثاني من الناحية النظرية، أقوي من الشرط الأول، نظراً لأن البائع الذي يحتفظ بملكية المبيع يكون في مركز أقوي من البائع الذي يشترط عدم التصرف في المبيع، فالمشتري لا يتوافر لديه أي من عناصر الملكية في الحالة الأولي، بينما يتمتع في الحالة الثانية، من حيث المبدأ، بحق الإنتفاع بالمبيع وإستغلاله دون التصرف فيه، أضف إلي ذلك أن البائع يمكنه إسترداد المبيع، لاحتفاظه بملكيته، سواء من المشتري أو من تحت يد الدائن الحاجز، بينما لا يستطيع البائع الذي إشترط عدم التصرف في المبيع طلب إسترداده إلا بعد الحكم بفسخ البيع.

وبنظرة فاحصة الي التطبيق العملي والتنظيم القانوني لكل من الشرطين يتضح لنا مع ذلك، أن الشرط المانع من التصرف يفوق في قوته شرط الإحتفاظ بالملكية للأسباب الآتية:

أولا: إذا قام المشتري بالتصرف في المبيع المحتفظ بملكيته كان التصرف

غير نافذ في حق البائع لأنه وارد علي ملك الغير[1]، أما إذا تصرف المشتري في المبيع بالمخالفة للشرط المانع من التصرف وقع التصرف باطلاً.[2]

ثانيـــا: يسري كل من شرط الإحتفاظ بالملكية والشرط المانع من التصرف في مواجهة الغير، بما في ذلك جماعة الدائنين، إذا تعلق الأمر بعقار وتم تسجيل الشرط ضمن تسجيل التصرف الأصلي الذي نقل العين مثقلة بالشرط[3]. أما في حالة المنقول فإن شرط الإحتفاظ بالملكية لا يعتد به في مواجهة جماعة الدائنين إلا إذا كان مدوناً في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق علي حق الغير أو علي إجراءات التنفيذ التي يتخذها الدائنون على المبـيع.[4] بخلاف الحال بالنسبة للشرط المانع، فالراجح أنه يرتب أثره كاملاً في مواجهة جماعة الدائنين لأن المال يصبح غير قابل للحجز عليه.[5]

ثالثــا: إذا تصرف المشتري في المنقول، الذي إحتفظ البائع بملكيته،

---

(١) طبقاً للمادة ٤٦٦ مدني. إنظر تفصيل ذلك فيما يلي ص ١٦٩ .

(٢) والبطلان هنا نسبي طبقاً لقضاء محكمة النقض (إنظر ما سبق ص ٦٤)، يقبل الإجازة ويقربنا ذلك من إمكانية إقرار المالك الحقيقي للبيع الصادر من غيره.

(٣) السنهوري جـ٨ ص٦٤٥ .

(٤) انظر ما يلي ص ١٠٩، بخلاف الحال في كل من القانون الفرنسي والالماني، مايلي ص١١٠، ١١١، ١١٢ .

(٥) السنهوري، نفس الموضع.

والواقع أن هذه النتيجة يمكن أن تكون محل جدل في حلة إفلاس المتصرف اليه الذي يقع المنقول، محل المنع من التصرف، في حيازته، حيث يستقر القضاء، كقاعدة عامة علي تفضيل مصلحة الدائنين من خلال حماية الائتمان الظاهر الذي عولوا عليه.

وسلمه لمشتري حسن النية كان للأخير التمسك بملكية المبيع إستناداً الي قاعدة الحيازة في المنقول[1]، أما إذا تعلق الأمر بمنقول تصرف فيه المشتري بالمخالفة للشرط المانع من التصرف وقع التصرف باطلاً ولا يصلح أن يكون سبباً صحيحاً، ومن ثم لا يجوز للمتصرف اليه أن يتملك المبيع بالحيازة لأن قاعدة الحيازة في المنقول تقتضي السبب الصحيح أي تصرفاً ناقلاً لملكية المنقول.[2]

الفرع الرابع

شرط الإحتفاظ بالملكية

(أ) تطور الوضع فى القانون المصرى :

يشترط البائع، أحياناً، إحتفاظه بملكية المبيع الي حين إستيفاء كل الثمن، وهذا ما يسمي بشرط الإحتفاظ بالملكية[3]، الذي يرد غالباً، بصورة صريحة، في عقد البيع مؤجل الثمن أو البيع بالتقسيط. ونظراً لعدم نفاذ الشرط المذكور، في القانون المصري، والفرنسي سابقاً، قبل جماعة دائني المشتري الفلس، فإنه بات عديم الجدوي في ضمان حق البائع بصفة كاملة، مما يدفعه ، في بعض الأحيان، الي الإحتفاظ بملكية المبيع بطريقة غير مباشرة من خلال صور أخري أكثر فاعلية في تأمين حقه مثل الإيجار البيعي والتأجير الإئتماني، كما سبق وعرضنا من قبل.

---

(١) محمد علي عرفة، حق الملكية، جـ١، ١٩٥٤ ص٢٦٦ .
السنهوري جـ٤ فقرة ٩٢ .
(2) Clause de réserve de propritété-Le pactum reservati dominii.
انظر فيمايتعلق بالبيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية، ومشروعيته ومجالاته ما سبق ص ١٨ .
(٣) انظر ما سبق ص ٢٧، ٣٢ .

تغير الوضع في القانون المصري بصدور قانون التجارة الجديد حيث نص في المادة ٢/١٠٦ بمناسبة تنظيم البيع بالتقسيط علي أنه: «مع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في باب الأفلاس، لا يكون شرط الإحتفاظ بالملكية نافذاً علي الغير إلا إذا كان الشرط مدوناً في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق علي حق الغير أو علي إجراءات التنفيذ التي يتخذها الدائنون علي المبيع، يترتب علي هذا النص عدة نتائج هامة:

١- أصبح شرط الإحتفاظ بالملكية وسيلة فعالة في ضمان حق البائع بصفة كاملة، وتزداد قوته كأداة ضمان ووسيلة إئتمان.

٢- ولكن يشترط للإحتجاج بهذا الشرط أن يكون مدوناً في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق علي حق الغير أو علي إجراءات التنفيذ، مؤدي ذلك أن المشرع يشترط الكتابة بالإضافة الي ثبوت التاريخ، أي أن نكون بصدد محرر مكتوب أياً شكل ووسيلة الكتابة، وأن يكون التاريخ ثابتاً بطريقة مباشرة أو غير مباشرة وذلك طبقاً لأي وسيلة من وسائل ثبوت التاريخ المتعارف عليها في قانون الإثبات.[1]

٣- يسري هذا الشرط في مواجهة الغير الذي إكتسب حقاً علي المبيع المحتفظ بملكيته، فإذا باع الشخص منقولاً مع الإحتفاظ بملكيته لحين إستيفاء الثمن، وقام المشتري ببيعه أو رهنه فإن المتصرف اليه لم يعد يستطيع الإستناد الي قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ولو كان حسن النية أي لا يعلم بوجود الشرط وعدم وفاء المشتري (البائع له) كامل الثمن، ومن ثم يستطيع البائع الأصلي التمسك بالشرط في مواجهته.

(١) انظر مؤلفنا في قانون الاثبات – الإسكندرية ٢٠٠٢ .

٤- يسري هذا الشرط في مواجهة جماعة الدائنين، سواء تعلق الأمر بدائن عادي أم دائن ممتاز، وسواء تعلق الأمر بالتنفيذ العادي علي أموال المدين أو بإتباع إجراءات التنفيذ في إطار أحكام الإفلاس التجاري.

وكل ما في الأمر أنه ينبغي مراعاة أحكام وإجراءات الإفلاس عند إعمال الشرط المذكور، كوجوب التعامل مع أمين التفليسة ومراعاة المواعيد المقررة، واللجوء الي دعوي الإسترداد، وهذا هو المقصود بالتحفظ الذي أوده المشرع في صدر النص بقوله «مع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في باب الإفلاس».

تدخل المشرع الفرنسي بقانون ١٢ مايو ١٩٨٠ ليزيد من فاعلية شرط الإحتفاظ بالملكية كأداة ضمان ووسيلة إئتمان ونص علي نفاذه قبل جماعة دائني المشتري المفلس، أي أحقية البائع في إسترداد المبيع الذي يحتفظ بملكيته، ولم يستوف ثمنه، خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الحكم بشهر الإفلاس[١] تأثر المشرع، في هذا التطور، بنظرائه الأوربيين في طريقهم الي الوحدة، وبصفة خاصة نظيره الألماني، وكي تزداد الصورة وضوحاً نري إستعراض الموقف إجمالاً في كل من القانونين لمعرفة مكانة الشرط وتطوره.

---

(١) انظر ما يلي ص ١١٧، ١٣١.
وقد صدر قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ متضمناً نفس الحكم في المادة ٢/١٢١
J.C.P. 1985. 56711.
ويقتصر هذا التنظيم، بطبيعة الحال، علي عقد البيع والإيجار البيعي Location-Vente ويمكن أن تدفع الشروط الإضافية، التي يلجأ إليها الأطراف عادة في العمل (أنظر مايلي ص ١٨٥). لتكملة شرط الإحتفاظ بالملكية، القضاء لإضفاء تكييف مغاير للإتفاق المبرم وبالتالي إستبعاد حكم القانون الجديد بصدده، مما يستوجب حذر المتعاقدين عند صياغة تلك الشروط.
Ripert et Rablot, op.cit., n. 3161.

(ب) مكانة الشرط وتطوره في القانون الألماني:

يحتل شرط الاحتفاظ بالملكية مكانة بارزة فى النظام القانونى الألمانى، يبـرز الشـرط الفـصل الجـوهرى، داخل نطاق كل بيع، بين العـقـد المنشئ للإلتـزامـات المتبـادلة من جـهـة، والتـصـرف المجـرد الناقل للملكيـة (العـقد العيني) من جهة أخري. وبالرغم من أنه يتم الإتفاق علي شرط الإحتفاظ بالملكيـة عـادة في العـقد الملزم (الأول) الـذي ينعقـد باتاً وبسـيطاً، فـإن هذا الشرط، الذي يوقف نقل الملكية لحين الوفاء بكامل الثـمن، ينحـصر تأثيره في التصرف المجرد الذي لا يكون باتاً بل موصوفاً بالشرط[1]. وينتـج عن ذلك تـعلق الشـرط، في ذات الوقت بكل من قـانون الإلتـزامـات، وقـانون الأموال وقانون التأمينات[2]، ويمثل الشرط المذكور نظاماً معقداً لا يمكن فهمه الا من خلال الاطار المتكامل الذي يوجد فيه ويصعب فصله عن هذا الإطار، يعد الشرط جزءاً من نظام قانوني مترابط.

يحتل شرط الإحتفاظ بالملكية أهمية بالغة علي صعيد الإئتمان التجاري، فـهو يأخـذ، في الواقع، إنطلاقاً من وظيفتـه الإقتـصاديـة، مكانة بارزة، الي جانب نقل الملكية والحقوق علي سبيل الضمان[3] بين مـجموعـة التأمينات

---

(1) Meissner G. l'opposabilité de la propriété aux tiers en droit Allemand et specialement de la reserve de propriété, Gaz. Pal. 1972. 369.

(2) Pedamon M. Rapport au Congrés de A.N.C.j à Strasbourg Oct. 1980, Gaz, Pal des 2 et 4 déc. 1980

(٣) يستخدم الفقه الفرنسي مصطلح fiduciaire (l'alientation) للتعبير عن الكلمة الألمانية "Sicherungsübereignung". والواقع أن هذه الكلمة لا تقبل الترجمة الي الفرنسية لأن القانون الفرنسي لا يعرف هذا النظام بداية (انظر ما يلي ص١٩٤). ويقترح قاموس Daucet عدة تعبيرات للتعبير عن المعني:

"remise d'un bien en propriété à tritre de Caution" "Cession à, titre de sûreté"-"transfert ent garantie" Meissner g., op.cit.

التي ترد علي المنقول دون حيازته. لعل العامل المشترك بين كل هذه التأمينات هو أنها، إذا وردت علي منقول مادي، لا تقتضي تخلي المدين عن حيازته، ولا تستلزم، إذا وردت علي حق، إعلان المدين به. لا تخضع تلك التأمينات لأي من إجراءات الشهر الخاصة بإعلام الغير بوجودها مع كل ما يمكن أن يترتب علي ذلك من آثار متخيلة في حالة الإفلاس والتسوية القضائية. وذلك كله بخلاف الحال بالنسبة للرهن الحيازي ورهن الحق التقليديين اللذين ينظمهما القانون المدني في المواد ١٢٠٤، ١٢٧٩ وما بعدها.(١)

نشأ هذا النوع من التأمينات وتطور في ألمانيا، بعيداً عن النصوص.(٢) فهي مستوحاة لإجابة مقتضيات العمل ومن ثم لم تتوقف، عبر السنين، عن التطور والتنوع والتأقلم مع ضروريات الأئتمان وتصورات رجال العمل والقائمين علي تحرير التصرفات القانونية، وردود فعل القضاء منها. ويأخذ كل نوع من أنواع هذه التأمينات، في الوقت الراهن، العديد من الصور. وينطبق ذلك، بطبيعة الحال، علي شرط الإحتفاظ بالملكية الذي يأخذ أحياناً شكلاً بسيطاً، وأحياناً أخري شكلاً ممتداً، أحياناً ثالثة شكلاً متسعاً.(٣) ويرد نقل الملكية علي سبيل الضمان، وأحياناً، علي مال محدد. ويرد كذلك علي مخزون من البضائع متغير المحتوي، ويقبل بدوره الإتساع والإمتداد شأن شرط الإحتفاظ بالملكية.

---

(١) نفس الموضع.

(٢) بخلاف الحال في كل من القانون الفرنسي والمصري حيث لا يجوز أن يرد التأمين علي المنقول دون حيازته الا بنص خاص، إنظر مثال ذلك بالنسبة للقانون الفرنسي الحديث مايلي ص١٩٤ .

(٣) إنظر مايلي ص ١٤٥ .

أما عن حوالة الحق علي سبيل الضمان فترد إما علي حق معين أو علي مجموع من الحقوق. وتنقسم هذه الحالة الأخيرة الي نوعين: الأول هو الحوالة الإجمالية التي ترد علي كل الحقوق الناتجة أو التي ستنتج عن النشاط المهني للمدين أو علي مجموعة معينة من هذه الحقوق، كالحقوق الناتجة عن تسليم البضاعة لعملاء منطقة معينة أو للمناطق التي تبدأ اسماؤها بحروف هجائية محدد (تبدأ من حرف أ الي د مثلاً). الثاني هو الحوالة داخل اطار محدد حيث يتعهد المدين بأن يحيل للدائن، طبقاً للمبلغ المراد ضمانه، مجموعة من الحقوق القائمة التي تتجدد مع إستمرار الوفاء بها (الحقوق الدورية كالاجرة مثلاً).(١)

والواقع أن هذه القائمة المثيرة تدل علي جانب من عبقرية القانون الالماني وما يتمتع به رجال العمل، في هذا البلد، من قدرة خاصة علي جعل كل قيمة إقتصادية ممكنة أداة إئتمان، وبإستثناء شرط الإحتفاظ بالملكية البسيط المنصوص عليه في المادة ٤٥٥ مدني، ينبغي، في الواقع، إدراك إن كل الأنواع الأخري للتأمينات الواردة علي المنقول دون حيازته تستمد مبدأصلاحيتها مما إستقر عليه العمل القضائي، وأصبحنا بالتالي أمام قاعدة عرفية أي أن المسألة باتت منظمة بالقانون العرفي. وكشأن أي مسئلة ينظمها العرف، بالرغم من بيان معالمها الرئيسية، فإنها تظل تحمل بين طياتها بعض جوانب الغموض وعدم اليقين.

أضف الي ذلك أن هذه التأمينات يكمل بعضها الآخر أحياناً، وتتواكب

(1) M. Pédamon, Le réserve de la propritété en droit Allemand et en droit
français, in R. J. Com., n. spécial fév. 1982.

فيما بينها أحياناً أخري، ويندرج بعضها تحت لواء الآخر أحياناً ثالثة، ويقوم نوع من التنازع فيما بينها أحياناً رابعة علي الأموال أو القيم المثقلة بها. مثال ذلك التنازع بين شرط الإحتفاظ بالملكية الموجود علي البضاعة المبيعة بثمن مؤجل ونقل الملكية علي سبيل الضمان الوارد علي موجودات مخزن تضم البضاعة المذكورة. والتنازع بين الحوالة الإجمالية للحقوق لأحد البنوك وشرط الإحتفاظ بالملكية الممتد أي الذي يتضمن الحوالة المسبقة للحقوق التي ستولد عن اعادة بيع البضاعة المحتفظ بملكيتها، للغير.(١)

ويمكن القول إجمالاً، مع ذلك، بقيام نوع من التنسيق السلمي بين مجال اعمال كل من التأمينات السابقة. فنقل الملكية علي سبيل الضمان يستخدم، بصفة أساسية، في ضمان الإئتمان المقدم من البنوك والمؤسسات المالية، الي جانب تمتع هذه المنظمات بتأمينات أخري وبصفة خاصة التأمينات العقارية. ويستخدم شرط الإحتفاظ بالملكية في ضمان الإئتمان الممنوح من الموردين لعملائهم. أما عن حوالة الحق علي سبيل الضمان فتغطي بطريقة متفاوتة هذين النوعين من الإئتمان اللذين يغذيان الإقتصاد الألماني.(٢)

ولا ينبغي أن يتبادر الي الذهن تناقص حجم إئتمان الموردين في ألمانيا، فهو يشهد، علي العكس، تزايداً مستمراً تحت تأثير المنافسة الحادة. وتقل،

(1) Pédamon M., la réserve de propriété en droit Allemand, Gaz. Pal. 1981.1.5.

(2)Witz, Le droit des sûretés réelles mobilieres in Rép fédérale d'Allemagnie, R. int, de dr. Com. 1985. 27.

بالتالي، أهمية الوفاء النقدي لثمن البضاعة، إلا أن الوفاء يتم بطريقة منتظمة، وعلي نحو أسرع مما هو معهود في فرنسا مثلاً.[1]

وينتج عن هذه الظاهرة الإزدهار الواسع لشروط الإحتفاظ بالملكية وتشجيع إبرام العقود عن طريق تبني الشروط العامة التي يضعها أحد الطرفين، وغالباً ما توضع هذه الشروط من قبل المورد. ويتضح من العمل أن كل المهنيين (صناع، تجار جملة أو تجزئة، مقاولون، حرفيون)، الذين يسلمون بضائعهم قبل إستيفاء الثمن، يحتفظون بملكيتها لحين إستيفاء كامل حقوقهم.

ومما لا شك فيه أن المراكز الإقتصادية تتنوع وتتفاوت بشكل ملحوظ، فهي تختلف بحسب صفة كل من البائع والمشتري من جهة وبحسب طبيعة الأموال والبضائع المبيعة والأغراض المخصصة لها من جهة أخري، وينتج عن ذلك بالضرورة تعدد وإختلاف صور شرط الإحتفاظ بالملكية في العمل. يستجيب الشرط، في صورته البسيطة، للمراكز الإقتصادية السهلة أو الأولية. وتبدو الحاجة الي تعميق الشرط ومدي نطاق تطبيقه كلما ظهرت حاجة المشتري الي التصرف القانوني أو المادي في الأموال المقدمة أساساً علي سبيل الضمان.[2]

(حـ) مكانة الشرط وتطوره في القانون الفرنسي :

حاول المشرع الفرنسي الإستفادة من التجربة الإلمانية بصفة خاصة واللحاق بالركب الأوروبي بصفة عامة. جاء قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ (م/٢

(١) نفس الموضع.

(٢) نفس الموضع.

١٢١ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥) لتقوية شرط الإحتفاظ بالملكية من خلال إقرار نفاذه قبلة جماعة دائني المشتري المفلس، صدر التعديل المذكور بصعوبة بالغة أثر اثر جدل حاد بين أنصاره وخصومه.[١]

ينعي البعض علي القانون المذكور مساسه الخطير بمبدأ المساواة بين الدائنين لصالح بعض البائعين بمنحهم نوعاً من الإمتياز المميز دون شهر علي حساب باقي الدائنين العاديين بل وحتي الخزانة العامة والتأمين الإجتماعي ومنظمات تأمين الأجور.[٢]

إن نفاذ الشرط، طبقاً للتعديل السابق، من شأنه أن يدفع البنوك الي تفضيل منح الإئتمان للمشروعات الموردة علي حساب الإئتمان الممنوح للمشروعات المشترية التي ستفقد، بالتالي، كل أنواع الإئتمان ماعدا ذلك الممنوح لها من الموردين، ويستتبع ذلك نمو الإئتمان فيها بين المشروعات والذي يعد أحد عوامل التضخم[٣].

بل أن الرغبة في إنقاذ المشروعات المتعثرة، كهدف رئيسي للتعديل التشريعي، تصبح مهددة باعمال الشرط نفسه، حيث يترتب علي قيام البائعين بإسترداد البضائع نفاذ الجزء الأكبر من عناصر الجانب الإيجابي للذمة المالية القائمة لحظة الحكم بالتسوية القضائية، ويستتبع ذلك،

(1) Les pour: Mes Jacques Mauro, William, Garcin, Trieffry Gaz. Pal. 24 avr.1980) Duguet (Gaz. PAL. 24 mai1980)

Les Contre: Houin, Lyonnet (Gaz. Pal. 8 mars1980), Fangain (Gaz. Pal. 24 mai 1980- 1er Juil. 1980).

(2) Congrés de Vienne (Gaz. Pal. 24 Juin 1980. 25).

(3) Congrés de Vienne (Gaz-Pal.24 Juin 1980. 25).

بالضرورة، في أغلب الأحوال، التصفية النهائية لأموال المدين بدلاً من النهوض به، أي اننا نصبح، طبقاً لتعبير الفقه، أمام «إفلاس الإفلاس».(١)

لكن المشاهدات المستمدة من التجربة الإلمانية زودت انصار التعديل التشريعي بالحجج الكافية للدفاع عن موقعهم:

ان الحماية القوية التي يقدمها شرط الإحتفاظ بالملكية، بعد التعديل، للموردين من شأنها حثهم علي الإستمرار في توريد البضاعة لعملائهم المتعثرين ومنحهم آجالاً أطول للسداد، مما يقي هؤلاء مغبة الوقوع في هاوية الإفلاس. لن يحتاج البائع، بعد ذلك، الي الاخذ في حسبانه، عند تحديد ثمن البضاعة المؤجل السداد، مخاطر افلاس المشتري، ويستتبع ذلك بالضرورة إنخفاض الثمن أو علي الأقل عدم تفاقمه.

أضف الي ذلك ان إعمال الإئتمان وتداوله سيشهد تحسناً ملحوظاً. ففيما يتعلق بالطريقة الحالية لإئتمان المورد، يقوم البائع بسحب كمبيالة علي المشتري ويقدمها للخصم لدي البنك الذي يتعامل معه. تتسم هذه الطريقة، فضلاً عن الموقف الغريب الناتج عن قيام البائع بالإقتراض للبيع، بالتعقيد والجمود والكلفة الناتجة عن عملية الخصم. وبالنسبة لإئتمان المشتري القائم علي شرط الإحتفاظ بالملكية يؤدي اعماله الي تمكين المشتري، في أغلب الأحوال من الوفاء بالثمن نقداً بفضل مساعدة بنكه، الذي بحلوله محل البائع في الضمان الممنوح له، سيقوم بمنح عميله المساعدة التي تتفق وإحتياجاته.

---

(1) Lyonnet وذلك هو عنوان المقال "La Faillite de la faillite".
Gaz. Pal. 1980. 1.119.

بصفة خاصة. إنعكس ذلك التطور بدوره علي القضاء الذي يبدي، بصفة عامة، عداءه أحيانا أو تحفظه أحياناً أخري إزاء التصرف الإئتماني وإستخدام الملكية كوسيلة ضمان.[1]

لعل أبرز ملامح هذا التطور تبدو في إقرار القضاء لمبدأ إستفادة الغير من شرط الإحتفاظ بالملكية كوسيلة ضمان[2]، فقد إعتبرت محكمة النقض الملكية المحتفظ بها تعد من ملحقات الحق وتضمن الوفاء به. وتنتقل معه، كتابع يلحق الأصل، بقوة القانون، ومن ثم فإن البنك المحال اليه الحق في الثمن يستفيد تلقائياً بالملكية المحتفظ بها سواء تم التنازل عن الحق ضماناً للدين أو كمقابل وفاء للكمبيالة موضوع الخصم[3]. ويصبح بذلك شرط الإحتفاظ بالملكية ضمانة جديدة عامة التطبيق ليس فقط في العلاقة بين البائع والمشتري بل أيضاً بالنسبة للغير. ويتم توظيف الملكية كأداة ضمان في تشجيع الإئتمان حيث يظل البنك مالكاً للبضاعة طالما لم يتم الوفاء بالحق المضمون، ويجوز له إستردادها في حالة تعرض المدين لإجراءات الإفلاس دون التقيد بالقيود التي يخضع لها سائر الدائنون.[4]

وبالرغم من قوة هذه الضمانات الجديدة الا أنها لم تلق بعد رواجاً كافياً علي صعيد الإئتمان المصرفي، ربما لحداثتها وعدم وضوح وإستقرار معالمها في أذهان الممولين من جهة ،أو لضعفها وعدم فعاليتها أمام قاعدة

---

(١) انظر مايلى، ص ٢٠٢.

(٢) انظر مايلى، ص ٢١٠.

(٣) انظر مايلى، ص ٢١٢.

(٤) انظر مايلى، ص ١١٢.

الحيازة بحسن نية من جهة، أخري حيث لا يستطيع البنك التمسك بشرط الإحتفاظ بالملكية في حالة تغير الحالة العينية للبضاعة أو التصرف فيها للغير حسن النية[١].

أضف الي ذلك ثقل وصعوبة اعمال هذه الضمانة حيث ينبغي علي البنك، في حالة عدم استيفاء حقه، طلب إسترداد البضاعة طبقاً للشروط التي يحددها القانون[٢]، بل وكذلك طلب فسخ عقد البيع دون أن يكون طرفاً فيه[٣]، وينبغي عليه أخيراً تخزين البضاعة المستردة وإعادة بيعها. ويفضل البنك، تفادياً لمشقة تلك الإجراءات، توكيل عميله في القيام بها مع التزامه برد ثمن إعادة البضاعة للبنك.

لعل كل ذلك هو ما دفعنا الي تناول شرط الإحتفاظ بالملكية بالدراسة لتبين احكامه، وتطورها وتفهم وظيفته كأداة ضمان ووسيلة إئتمان. نقسم تلك الدراسة الي أبواب ثلاثة. نعرض في الباب الأول لآثار الشرط فيما بين المتعاقدين، ونبين في الثاني آثار الشرط بالنسبة للغير، ونتناول في الثالث الطبيعة القانونية للشرط، هذا بالإضافة الي خاتمة البحث في نهاية المطاف.

---

(١) انظر مايلى، ص ١٤٢، ١٧٠.

(٢) انظر مايلى، ص ١١٧.

(٣) Rivers Lange, Banque, 1988. 704.

وانظر مايلي ص ١٥٣.

الباب الأول
آثار شرط الإحتفاظ بالملكية
فيما بين الأطراف

يترتب على إحتفاظ البائع بملكية المبيع الى حين إستيفاء كامل الثمن عدم إنتقال الملكية الى المشترى قبل الوفاء بجميع عناصر الثمن المتفق عليه. يظل البائع، الذى لم يستوف كل حقه، المال الوحيد للمبيع رغم تسليم للمشترى الذى يكون مجرد حائز عرضى له.

نوجد بالتالى، أمام موقف خاص يختلف فى أبعاده ومضمونه عن العلاقة العادية التى تتولد عن عقد البيع البسيط. هذا الموقف أما أن يتناوله الأطراف بالتنظيم عبر الإتفاق المبرم بينهما، واما أن يغفلوا هذا التنظيم تاركين الامر لحكم القواعد العامة. يدفعنا ذلك الى محاولة التعرف على نتائج تطبيق تلك القواعد من خلال بيان المركز القانونى للمبيع أى تحديد حقوق والتزامات كل من البائع والمشترى سواء قبل أو بعد تسليم المبيع، أو قبل أو بعد الوفاء بالثمن.

يتضح الموقف عبر محاور ثلاثة: الأول، نقل الملكية بعناصرها الثلاثة. الثانى، تحمل تعبة مخاطر هلاك المبيع. الثالث، مصير شرط الاحتفاظ بالملكية، ونعرض لذلك فى الفصول التالية.



الفصل الأول

أثر الشرط على نقل ملكية المبيع

ان مصير الملكية فى العلاقة بين البائع والمشترى فى حالة وجود شرط الإحتفاظ بالملكية قد يبدو أمراً يسيراً من الناحية النظرية، إلا أن المسألة تتسم، فى الواقع، بالكثير من الغموض والتعقيد نظراً لخلو الأمر من تنظيم تفصيلى مما يضطرنا الى اعمال حكم القواعد العامة وما ينطوى عليه ذلك من تناقض مع مقاصد الطرفين وما يجرى عليه العمل بينهما.

لعل الدراسة المقارنة، فى هذا المقام، تساعد فى إلقاء الضوء على تلك المسألة، وتنطوى على إستعراض الحكم فى كل من القانونين الفرنسى والمصرى على حدة لتقارب القواعد فيهما، ثم بيان حكم القانون الألمانى بإعتباره النموذج السباق فى تنظيم شرط الإحتفاظ بالملكية.

المبحث الأول
أثر الشرط على نقل ملكية المبيع فى القانونين الفرنسى والمصرى

ينبغي لمعرفة أثر شرط الإحتفاظ بالملكية، بين البائع والمشتري، فيما يتعلق بنقل الملكية، التفرقة بين وضع المسألة من الناحية النظرية ووضعها من الناحية العملية.

(أ) وضع المسألة من الناحية النظرية:

يظل البائع، الذي إشترط الإحتفاظ بملكية المبيع لحين إستيفاء الثمن، المالك الوحيد له. ولا تنتقل الملكية الي المشتري الا بعد الوفاء بكامل الثمن.

يبدو الأمر أكثر بساطة ووضوحاً في حالة وجود المبيع في حيازة البائع أي قبل تسليمه للمشتري، حيث يجمع الأول بين يديه كل عناصر الملكية من تصرف وإستغلال وإستعمال، فيكون له سلطة إستعمال المبيع وإستغلاله، بل والتصرف فيه[1]. وإذا قام البائع بالتصرف في المبيع، الذي باعه مع الإحتفاظ بملكيته، مادياً أو قانونياً، كان تصرفه صحيحاً لأنه يتصرف في شئ مملوك له، ولا يكون للمشتري الأول حق إسترداد المبيع من المتصرف اليه الثاني لأن الملكية لم تنعقد بعد للأول.

ولعل الإلتزامات التي تقع علي عاتق البائع، وتعد في ذات الوقت حقوقاً للمشتري، تتمثل في وجوب تسليم المبيع له بالحالة التي كان عليها وقت

(1) Trigeaud J.M., La réserve de propriété et le transfert de propriété, J.C.P. 1982. 11.13744.

التـعـاقـد[1]، ومن ثم يتـعين عليه المحـافظة علي المبيـع وتسليمه بـالحـالة الموجود عليها. وتكون تصرفاته، في هذا الصدد، محكومة بذلك القيد، إلا أنه ينبـغي الإشارة الي أن مـخـالفـة البائع لإلتزامـه السابق لا يدخل تحت طائلة العقاب الجنائي لأنه يتصرف في نطاق ملكيته[2]، ويقتـصر الامر علي الجزاء المدني الناجم عن الإخلال بالتزام تـعاقدي، ويتمثل في أحـقيـة المشـتري في طلب الفسخ أو التعويض. ويكون للمشـتري الحق في المطالبـة بتسليم المبيع[3] لأننا بصدد عقد بيع صحيح ونافذ يرتب أثاره كاملة ماعدا نقل الملكيـة المؤجل لحين الوفـاء بالثـمن. ولا يكون للمشـتـري، قبل تسليم المبيع، الحق في إستعماله وإستغلاله أو المطالبة بثماره[4]. وليس للمشتري، من باب أولي، سلطة التصرف في المبيـع إلا أن يكون هذا التصرف مـعلقاً علي شرط واقف هو إكتسابه لملكيته.[5]

(١) م٤٣١ مدني مصري، م١٢٤٥ مدني فرنسي.

(٢) قد يختلف الامر في حالة البيع البسيط (دون الإحتفاظ بملكية المبيع) إذا توافرت عناصر جريمة خيانة الأمانة (م٣٤١ عقوبات مصري).
Crim., 3 avr.1933, Gaz. Pal. 1933,2,843.

(٣) اذا لم يكن هناك إتفاق علي إرجاء التسليم الي وقت محدد.

(٤) وذلك بخلاف الحال في البيع العادي الذي ينقل ملكية المبيع للمشتري ومن ثم يكون له الحق في الثمار والنماء ومن وقت تمام البيع بإعتباره مالكاً ما لم يوجد إتفاق مخالف (م٤٥٨/٢ مصري). السنهوري، جـ٤ فقرة ٣٩٣ . نقض ١٩٧٣/١/٣ س٢٤ ص٩ .

(٥) السنهوري جـ٤ ص٢٢١ .

والجدير بالذكر أن البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية الوارد علي عقار يفتح الباب للأخذ بالشفعة لأنه بيع بات، إلا أنه لا يجوز للمشتري في هذا البيع أن يأخذ بالشفعة لأنه لم يصبح بعد مالكاً للعقار المشفوع به. قارن السنهوري حيث يري أن البيع معلق علي شرط واقف (مايلي ص ٩٢، ٢٢١، ٢٧٥) ويصل بالتالي الي نتائج مخالفة جـ٣ ص٣٥٥١ .

يستطيع دائنو البائع الطعن علي البيع بالدعوي البوليصية اذا توافرت شروطها، ولهم كذلك إستعمال حق مدينهم في المطالبة بالثمن عن طريق الدعوي غير المباشرة. ويمكنهم كذلك الحجز علي الثمن المستحق بين يدي المشتري، وفي حالة تخلف الاخير عن الدفع يكون لهم الحق في التنفيذ علي المبيع بوصفه لازال مملوكاً للبائع. ولا يستطيع المشتري أن يمنع هذا التنفيذ. ولكن إذا تحقق الشرط (تم الوفاء بالثمن) كان له أثر رجعي، حيث يمتلك المشتري المبيع منذ العقد وتزول الآثار التي ترتب عليه.

لا يختلف الامر كثيراً، من الناحية النظرية، في حالة تسليم المبيع المحتفظ بملكيته، للمشتري، فالبائع، رغم تخليه عن الحيازة، يظل هو المالك ويكون من حقه إستغلاله وتلقي ثماره بل والتصرف فيه. ويؤدي إنتقال الحيازة الي حرمانه من مكنه الإستعمال فقط. وليس للمشتري، كمجرد حائز عرضي، ممارسة أي مكنة من مكنات حق الملكية علي المبيع، ومن ثم فهو لا يستطيع، نظرياً، ما لم يوجد إتفاق مخالف، إستعماله أو إستغلاله أو التصرف فيه. وإذا تصرف بالمخالفة لذلك قبل سداد الثمن تعرض للجزاء المدني (الفسخ أو التعويض أو كلاهما) دون الجزاء الجنائي لأن عقد البيع ليس من عقود الامانة.[1]

ويجوز للبائع، في حالة تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن، طلب فسخ البيع والحق في إسترداد المبيع كنتيجة لوقوع الفسخ أو إعمالاً لدعوي استردا المبيع بوصفه لازال مالكاً له. ويكون لدائني البائع الحق في توقيع الحجز

(١) ويلاحظ أن المشرع يعتبر المبيع في بعض البيوع التجارية أمانة لدي المشتري، ويعد تصرفه فيه جريمة خيانة الامانة، إنظر ما سبق ص ١٧ .

علي المبيع بإعتباره أحد عناصر الذمة المالية لمدينهم. ولا يكون لدائني المشتري هذا الحق، ويجوز للبائع الإعتراض علي الحجز الموقع من قبلهم.[1]

(ب) وضع المسألة من الناحية العملية:

لا تتفق النتائج النظرية السابقة لشرط الإحتفاظ بالملكية مع مقاصد الطرفين في عقد البيع الإئتماني، حيث يكمن جوهر هذا البيع في تسليم المبيع للمشتري، العاجز عن الدفع الفوري لكل الثمن، للإنتفاع به. لذا يختلف الامر من الناحية العملية، وتتجه إرادة الأطراف، صراحة أو ضمناً، الي تحقيق تلك الغاية:

١- تتجه إرادة الأطراف صراحة، في بعض الأحيان، الي تنظيم العلاقة القائمة بينهم، في حالة البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية، بالطريقة التي تحقق الغاية من البيع وتتناسب مع مصلحة المشتري وضمان حق البائع[2]. يتم إدراج بعض الشروط التكميلية لشرط الإحتفاظ بالملكية لتحديد آثاره ونطاق أعماله. تتمثل تلك الشروط، أحياناً، في تخويل المشتري بعض

---

(1) Pontiac. Intérêts et limite de la Clause de réserve de propriété, Banque. Oct. Nov. Déc. 1980, Janv. 1981.

الإسكندرية الوطنية ١٤ أبريل ١٩٣٨ المحاماة ١٩ ص٨٤٦ مشار إليه في سليمان مرقس، البيع ١٩٩٢ ص١١٠ .

(٢) يلجأ الأطراف أحياناً الي التحايل بإضفاء وصف آخر علي البيع كالإيجار البيعي والتأجير الإئتماني، إنظر ما سبق ص٢٧، ٣٣ .

مكنات حق الملكية علي المبيع كحق إستعماله أو إستغلاله أو التصرف المادي فيه أو بتحويل مادته أو إدماجه ضمن مواد أخري. ويمكن تخويل المشتري حق بيع المبيع مع حوالة الحق في الثمن للمالك (البائع الأصلي).[1]

٢- ويمكن أن يترك الأطراف المسألة دون تنظيم خاصة، أي الإكتفاء بالنص علي إحتفاظ البائع بملكية المبيع دون إضافة شروط تكميلية أخري. يكشف التطبيق العملي، في هذه الحالة، عن واقع مخالف للنتائج النظرية السابق عرضها، إذ تنتقل حيازة المبيع، بالفعل الي المشتري، في أغلب الأحوال، ويقوم بإستعماله وإستغلاله بل والتصرف فيه أحياناً[2]، وكل ما في الأمر ان هذا التصرف يكون معلقاً علي شرط واقف هو إكتساب المتصرف لملكية المبيع، بل ويمكن أن يرتب التصرف آثاره كاملة إذا تعلق الأمر بمنقول معين حازه المتصرف اليه بحسن نية.

يستند العمل السابق الى إرادة الأطراف الضمنية التي تبدو مؤكدة في البيوع التجارية حيث من المتفق عليه أن تخلف الحظر يعني التصريح

---

(١) ويمكن ان يتضمن البيع شروطاً تكميلية أكثر عموماً في معالجة العلاقة بين الأطراف، كتنظيم طريقة الوفاء بالثمن المؤجل، وكيفية مارسة البائع لحق استرداد المبيع في حالة عدم الوفاء بالثمن، ومصاريف إعادة نقل المبيع، ومدي الأحقية في الإحتفاظ بالأقساط المدفوعة من عدمه.

(2) Y. Chaput, La Clause de réserve de propriété,.... J.C.P., 1981. 1.3017.

للمشتري بالإنتفاع بالمبيع[1]. ويقتصر مفعول الشرط علي أحقية البائع في إسترداد المبيع من المشتري المتخلف عن الوفاء بالثمن. ويبدو ذلك واضحاً في حالة الأشياء غير القابلة للإستهلاك كالأجهزة والمعدات، حيث يصعب حظر إستعمال المشتري لها رغم وجودها في حيازته والتعاقد عليها لهذا الغرض[2]. ويختلف الامر بالنسبة للمبيع القابل للإستهلاك الذي يقتضي الحق في إستعماله، بالضرورة، حق التصرف فيه، حيث يتعارض ذلك، عملاً مع شرط الإحتفاظ بالملكية الذي يصعب وجوده في هذا النوع من البيوع[3]، وبصفة خاصة البيع الوارد علي شئ تعاقد عليه المشتري بقصد إستهلاكه بنفسه. وإذا تصادف وجود الشرط، في هذه الحالة، فإن ذلك يعني بالضرورة حظر إستعمالها لأن الإستعمال يؤدي الي إستهلاكها مما يتعارض مع طبيعة الشرط وغايته.[4]

وأخيراً فإن حق البائع في إسترداد المبيع الذي يحتفظ بملكيته يصطدم عملاً بعدة عقبات أهمها: منازعة المشتري التي قد تستوجب الحصول علي حكم بفسخ البيع[5]، تغير حالة المبيع عن طريق تحويله أو إدماجه في مادة أخري، إستهلاكه أو التصرف فيه للغير حسن النية، ولعل أهم عقبة كانت

---

(1) Y.Demoures, La Vente avec réserve de propriété, R.D Com 1982, P. 33. n.23.

(٢) ويثير هذا الإستعمال بعض العقبات أمام حق البائع في الإسترداد، عند عدم الوفاء بالثمن، في حالة فقد البضائع أو تلفها، وتناقص قيمتها، إنظر مايلي ص١٦٠، ١٦٤، ١٦٥ .

(3)Y. Demoures, op.cit.

(4) J. Acquaviva, C. Barot, La Clause de réserve de propriété en droit des affaires, Gaz. Pal. 1980, P. 524, n. 074.

(٤) انظر مايلي ص١٥٣ .

في القانون المصري قبل التعديل هي عدم نفاذ حق الإسترداد قبل جماعة دائني المشتري المفلس بخلاف الحال في القانون الفرنسي والألماني.[1]

المبحث الثانى

أثر الشرط على نقل ملكية المبيع فى القانون الألمانى

ينبغي لمعرفة وضع المسألة في القانون الألماني، التعرض للمركز القانونى لكل من البائع والمشتري علي حدة.

(أ) المركز القانونى للبائع:

ان مركز البائع، الذي يحتفظ بملكية المبيع، في القانون الألماني، يتسم، من الناحية القانونية، كما هو الحال في القانوني الفرنسي والمصري، بكثير من الغموض.

يشير البعض الي أن نظام شرط الإحتفاظ بالملكية يؤدي الي الفصل، داخل الملكية، بين المكنات المتعلقة بالضمان وبإيجاد الحق من جهة، والمكنات المرتبطة بالحيازة مباشرة والإنتفاع بالحق من جهة أخري[2]. فبينما يحتفظ البائع بالطائفة الأولي تنتقل الثانية الي المشتري. ويجمع الفقه، بصفة عامة، علي أن البائع يحتفظ بالملكية كاملة وإن هناك تفاوت

---

(١) انظر مايلي ص١٠٩ .

(2) M. Pédamon. Rapport présenté au Congrès de l'Association Nationale des Conseils Juridiques qui s'est tenu à Strasbourg les 10 et 11 Oct. 1980, Gaz. Pal.des 2 et 4 déc. 1980.

بين الشكل القانوني للنظام وبين غايته الإقتصادية. ويقتصر دور الملكية الكاملة علي ضمان الحق حيث تقوم في الواقع بدور التأمين.[1]

وبالرغم من هذا الجدل الفقهي، فمن المؤكد أن البائع، قبل إتمام الشرط (قبل إستيفاء الثمن)، يستحوذ علي عدة سلطات هامة[2]:

اولا: علي صعيد قانون الإلتزامات، يكون للبائع الحق في فسخ البيع، بارادته المنفردة، في حالة تأخر البائع عن الوفاء بالثمن (٤٥٥ $). ويترتب علي الفسخ إلزام كل من الطرفين برد ما تلقاه من الطرف الآخر. ويجوز للبائع المطالبة بالتعويض عن إستعمال المشتري للمبيع وتدهور حالته.[3]

ثانيا : علي صعيد قانون الأموال، يكون للبائع، عن طريق إبرام تصرف مجرد، نقل ملكية البضاعة، المبيعة مع الإحتفاظ بملكيتها، للغير (٩٣٠,٩٣١ $)، إلا أن هذا الإنتقال يكون عرضة للزوال بأثر رجعي عند إتمام الشرط أي الوفاء بالثمن (١٦١/١ $). ولعل الأهم من ذلك هو أحقية البائع في الاعتراض علي الحجز الذى يوقعه دائنو المشتري (ZPO ٧١١ $). ويكون للبائع، في النهاية، الحق في إستعادة المبيع عن طريق دعوي الإسترداد في حالة الإفلاس أو التسوية القضائية للمشتري (KO ٤٣$) إذا لم يعرض مأمور التفليسة دفع المتبقي من الثمن[4].

---

(١) ويرفض البعض إعتبار شرط الإحتفاظ بالملكية البسيط بمثابة تأمين، ويرون فيه مجرد حبس أداء معين لحين تقديم الأداء المقابل. انظر M. Pédamon, op.cit. والمراجع المشار اليها.

(٢) نفس الموضع.

(٣) يلاحظ وجود بعض القواعد الخاصة التي تتضمن حماية معينة للمشتري غير التاجر في حالة البيع بالتقسيط، وتندرج ضمن الإتجاه التشريعي الحديث نحو حماية المستهلك (قانون ١٦ مايو ١٨٩٤ المعدل في ١٩٦٩ و١٩٧٤).

(٤) انظر تفصيل ذلك مايلي ص١١٠ .

(ب) المركز القانون للمشترى :

يثور التساؤل حول المركز القانوني للمشتري، في القانون الألماني، قبل الوفاء بالثمن. أن المتشري، فى هذه الفترة، لم يصبح، من حيث المبدأ، بعد مالكاً للمال الذي آل إليه عن طريق البيع، ولكنه يحوزه مباشرة وينتفع به. وتلك ميزة شرط الإحتفاظ بالملكية البسيط[1] حيث يسمح للمشتري بإستعمال المال قبل الوفاء بكامل ثمنه، إلا أنه يتحمل، في المقابل، تبعة هلاكه منذ يوم تسلمه (وما بعدها ٤٤٦ $).[2]

يتمتع المشتري، فضلاً عن ذلك، بالحماية ضد تصرفات البائع التي قد تنطوي علي المساس بحقوقه (١/١٦٠، ٢/١٦١ $)، ويمكنه الإعتراض علي الحجز الذي يوقعه دائنو البائع علي المبيع (ZPO ٧٧١ $). ان مركز المشتري، الذي يتضمن، من الناحية القانونية، عدة أوجه قانونية يمثل، فضلاً عن ذلك، قيمة إقتصادية تتزايد بالتدريج مع تناقص الجزء المتبقي من الثمن[3]، ويمكنه، بالتالي، الإستفادة منه، في هذه المرحلة.[4]

ويري الفقه، من خلال إستعراض مجموع هذه العناصر، ان المشتري يتمتع، خلال هذه المرحلة، بحق يسمي Anwartschafstrecht، أي حق في دور التكوين، أو حق مرتقب.[5] ويسير القضاء في نفس الإتجاه، وتتوالي

---

(١) انظر في شرط الإحتفاظ بالملكية لمركب أو الموصوف مايلي ص١٤٥ .

(٢) انظر مايلي ص٩١ .

(٣) ويترتب علي تصاعد الوفاء بالثمن إنقاص حق البائع في الملكية من مضمونه الإقتصادي بينما ينمو حق المشتري، بنفس النسبة، من ذات المضمون.

(٤) للحصول على الإئتمان مثلاً، إنظر مايلي ص ١٨١ .

(٥) إنظر مايلي ص ١٨١ .

أحكامه الغزيرة في هذا المقام. ويستخدم تعبيرات ذات مغذي هام للتعبير عن حق المشتري مثل: «حق مشابه للحق الكامل»، «مجرد مرحلة للملكية»، «ليس شيئاً آخر غير الملكية، وهو وان كان أقل درجة الا أنه من نفس طبيعتها». ولم يعد من المنازع فيه، في الوقت الراهن، ان حق المشتري Anwartschafstrecht يعد حقاً شخصياً حقيقياً، بل أنه طبقاً للبعض، يعد حقاً عينياً جديداً.(١)

ويترتب علي ذلك عدة نتائج رئيسية هامة: يستطيع المشتري أن يقتضي حماية هذا الحق عن طريق قواعد المسئولية التقصيرية، في حالة الإعتداء عليه من قبل الغير (٨٢٣ $). ويجوز للمشتري التصرف في حقه، ويتم التصرف، في الغالب، لصالح البنك الذي يمنحه الإئتمان، علي سبيل الضمان. وإذا كان التاجر يحوز في مخزنه، في ذات الوقت، بضائع مملوكة له وأخري أشتراها محملة بشرط الإحتفاظ بالملكية، فإنه يستطيع تقديم مجموع هذه البضائع علي سبيل الضمان.

ومن المقرر كذلك أنه يجوز لدائنى المشتري توقيع الحجز علي حقه السابق، وان كان هناك خلاف حول نظام وكيفية إجراء هذا الحجز الذي يكون مهدداً بإحتمال قيام البائع بفسخ العقد، ويستطيع الدائنون توقي هذا الخطر بدفع المتبقي من الثمن حيث يترتب علي ذلك إكتساب مدينهم (المشتري) ملكية المبيع كاملة وتأكيد الحجز.(٢)

---

(1) M. Pedamon, op.cit.

(٢) نفس الموضع.

الفصل الثانى
أثر الشرط على تبعة هلاك المبيع

تمهيد:

يحتفظ البائع بملكية المبيع علي سبيل الضمان، ولكن المشتري يتسلمه وينتفع به بالفعل. ويثير ذلك الوضع التساؤل حول تبعة هلاك المبيع في الفترة ما قبل الوفاء بالثمن. وهل يغير شرط الإحتفاظ بالملكية حكم القواعد العامة في تلك المسألة؟ لعله من المناسب إلقاء نظرة موجزة علي تلك القواعد قبل التعرض لتأثير شرط الإحتفاظ بالملكية عليها.

(أ) قواعد تحمل تبعة هلاك المبيع

ينبغي الإشارة، بادئ ذي بدء الي أن المقصود بتبعة الهلاك هو تحمل نتائج فقد أو تلف الشئ بصفة نهائية أي دون إمكانية الرجوع علي شخص آخر. يحدث ذلك في حالة الفقد أو الهلاك الناجم عن الحادث الفجائي أو القوة القاهرة[1]. أما إذا نجم الفقد والهلاك عن فعل البائع أو المشتري فإن المتسبب فيه يكون مسئولاً، كقاعدة عامة، عن التعويض قبل صاحب الحق فيه.[2]

يختلف الحكم في القانون الفرنسي عنه في القانون المصري، ويمكن، كقاعدة عامة، القول بأنه بينما يربط الأول تبعة الهلاك بالملكية نجد الثاني يربطها بالتسليم[3]. ويتحمل المشتري، في القانون الفرنسي،

---

(١) وتعرف محكمة النقض الهلاك في حكم المادة ٤٣٧ مدني بأنه زوال الشئ المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية. نقض ١٩٥٧/٢/٢١ س٣ ص٢٠٣، ١٩٦٨/١٢/٢٦ س١٩ ص١٥٦٥ .

(٢) وتقرر محكمة النقض ان قاعدة الهلاك علي المالك انما تقوم إذا حصل الهلاك بقوة قاهرة، أما إذا نسب الي البائع تقصير فإنه يكون مسئولاً عن نتيجة تقصيره. نقض ١٩٥٦/٦/٢٨ المجموعة س٧ ص١٩٦ . مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٧٧ في الهامش.

(٣) قارن سليمان مرقس ومحاولته لتقريب الحكم فى القانونين، المرجع السابق ص٦٥٨ .

تبعة هلاك المبيع منذ اللحظة التي تنتقل إليه ملكيته ولو لم يتسلمه بعد (م١١٣٨ مدني فرنسي). ولكن البائع يلتزم، من ناحية أخري، في حالة وجود المبيع بين يديه، قبل المشتري بالمحافظة عليه (م١١٣٧ مدني فرنسي)، ومن ثم يقع علي البائع عبء إثبات السبب الأجنبي لهلاك المبيع حتى يتخلص من مسئوليته عن التعويض. يؤدي ذلك عملاً وفي أغلب الأحوال الي تحمل واضع اليد علي الشئ تبعة هلاكه أو تلفه بالرغم من وقوع تلك التبعة، نظرياً علي عاتق المالك.[1] يوقد أكد قانون التجارة ذلك بنصه علي أن يتحمل المشتري تبعة هلاك المبيع من وقت تسليمه إليه رغم احتفاظ البائع بملكيته (م١٠٦/١).

يتسم موقف المشرع المصري، في هذا المقام، بالمنطقية، حيث ربط تبعة الهلاك بالتسليم في العقود الناقلة للملكية كالبيع والشركة، ومن ثم تقع تبعة هلاك المبيع قبل التسليم علي البائع ولو كانت ملكيته قد إنتقلت الي المشتري قبل الهلاك[2]. فالعبرة بالتسليم الذي يتم به نقل

(1) Marty et Raynaud, Droit Civil, t. 2, Vol, n. 291.

Mazeaud et de Julgar, Leçons de droit Civil. t.2., 1120

Planiol et Ripert, Traité prat. de droit Civil, 2eme éd., t. 10, n. 10. par Hamel.

(٢) يتفق حكم القانون المدني مع الشريعة الإسلامية. الإعمال التحضيرية٤ ص٧٥ . عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام البيع، ١٩٨٤، ص٢١ . وقد تبني هذا الحكم مشروع القانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية (م١٠٩، ١١٠ من المشروع).

Mazeaud et de Julgart, op.cit.

ونفس الحكم في المادة ٩٧ من القانون الموحد الملحق بإتفاقية لاهاي في أول يوليو ١٩٦٤ بصدد البيع الدولي، والمادة ٦٦ من إتفاقية فيينا في ١١/٤/١٩٨٢ بصدد عقود البيع الدولي للبضائع والتي أقرها المشرع الفرنسي في ١٠/٦/١٩٨٢ والمقرر حلولها محل إتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٤ .

الحيازة[1]. فإذا إنتقلت الحيازة الي المشتري بالتسليم كان الهلاك عليه ولو لم تنتقل اليه الملكية.[2]

(ب) أثر شرط الإحتفاظ بالملكية على تبعة هلاك المبيع:

يربط القانون الألمانى تبعة الهلاك بالتسليم. ويؤدي شرط الإحتفاظ بالملكية الي تمكين المشتري من تسلم المبيع والإنتفاع به قبل سداد كامل الثمن. ويتحمل المشتري في مقابل ذلك، تبعة هلاك المبيع منذ يوم تسلمه (٤٤٦ $ وما بعدها).[3]

ونري نفس الحكم في القانون المصرى حيث العبرة في تحديد تبعة الهلاك تكون، كما رأينا، بالتسليم دون الملكية. لا يثير تطبيق ذلك المبدأ أية صعوبة في حالة البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية. إذا هلك المبيع الذي يحتفظ البائع بملكيته قبل تسليمه للمشتري، تحمل البائع تبعة هذا الهلاك[4]، وينفسخ البيع، ويسقط إلتزام المشتري بدفع الثمن، ويمكنه إسترداد ما دفعه ويمتنع عن دفع ما تبقي منه.

(١) والمقصود هو التسليم القانوني لا التسليم الفعلي، أي وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والإنتفاع به دون عائق ولو لم يستولي عليه إستيلاء مادياً مادام البائع قد أعلمه بذلك. وتنتقل تبعة الهلاك كذلك بالتسليم الحكمي أي بتراضي المتبايعان علي إعتبار- التسليم قد تم إذا كان المبيع في حيازة المشتري أو إستبقي البائع المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية (م٤٣٥). ويتحمل المشتري تبعة الهلاك قبل التسليم إذا كان البائع قد اعذره لتسلم المبيع (م٤٣٧). أنظر مؤلفنا في أحكام البيع.

(٢) كما فى حالة بيع العقار بعقد غير مسجل

(٣) Stumpf, L'experience Allemande de la réserve de propriété, in Idées nouvelles dans le droit de la faillite.. université de Louvain, Bruxelles 1969.

(٤) مع ملاحظة التحفظات التي أبديت في القواعد العامة بصدد سبب الهلاك، والتسليم، وإعذار المشتري. ماسبق ص٨٩ .

والعكس صحيح إذا كان المبيع قد تم تسليمه فعلاً[1]، رغم إحتفاظ البائع بملكيته، وهلك فإنه يهلك علي المشتري لا علي البائع، ويظل ملتزماً بدفع كامل الثمن، ولا يكون له إسترداد ما دفعه.

يذهب البعض، مع ذلك، الي أن المبيع يهلك علي البائع، حتي لو كان قد سلمه الي المشتري فهلك بعد التسليم لأن البيع بالتقسيط هو بيع معلق علي شرط واقف، تنتقل فيه ملكية المبيع معلقة علي هذا الشرط. ويستبقي البائع ملكية المبيع معلقة علي شرط فاسخ. ومن المقرر، في هذا النوع من البيوع، أن الهلاك يكون علي البائع ولا يكون لتحقق الشرط الواقف أثر رجعي وفقاً للقواعد المقررة في الشرط.[2]

ويستشهد هذا الرأي بحكم لمحكمة النقض قضت فيه بأنه: «متي كان الواقع في الدعوي هو أن الطاعن الأول أجر الي الطاعنين الثاني والثالث السيارة التي صدمت مورث المطعون عليهم بمقتضي عقد إشترط فيه إنتقال ملكية العين المؤجرة الي المستأجرين بعد دفع كل الاقساط- عقد إجارة بيع- وكان الحكم المطعون فيه بعد ان حمل ذلك الطاعن المسئولية عن الحادث بالتضامن مع الطاعنين الثاني والثالث قد أقام قضاءه علي ما إستخلصته المحكمة إستخلاصاً سائغاً من نصوص العقد من أنه مازال وقت

---

(1) وينبغي الإشارة الي نص ٩٤ تجاري مصري القديم القاضي بأن «البضائع التي تخرج من مخزن البائع أو المرسل يكون خطرها في الطريق علي من يملكها ما لم يوجد شرط بخلاف ذلك».

تغير هذا الحكم في قانون التجارة الجديد حيث نص في نفس المادة علي أنه «إذا قام البائع بناء علي طلب المشتري بإرسال المبيع الي غير المكان المعين لتسليمه كانت تبعة الهلاك علي المشتري من وقت تسليم المبيع الى من يتولي نقله، إلا إذا أتفق أو نص في القانون علي غير ذلك

(2) السنهوري، جـ٤، فقرة ٩٢، ص٢٢٦ هـ١ .

الحادث مالكاً للسيارة وله بمقتضي العقد حق الإشراف والرقابة علي من كان يقودها وقت ذاك وتسبب بخطئه في وقوعه، كان هذا الرأي الذي أورده الحكم كافياً لحمله مؤدياً الي ما إنتهي اليه ومن ثم يكون النعي عليه بالقصور علي غير أساس». [1]

ولنا أن نبدي علي هذا الرأي عدة ملاحظات:

أولا : إن نقطة البداية لديه هي إعتبار البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية بيعاً معلقاً علي شرط واقف. وهذا التكييف منتقد وأصبح مهجوراً في كل من الفقه والقضاء كما سنري. [2]

ثانيا: يخالف الرأي المذكور حكم المادة ٤٣٧ مدني التي تربط صراحة تبعة هلاك المبيع بالتسليم بغض النظر عن إنتقال الملكية.

ثالثا: يتعارض هذا الرأي مع القواعد العامة في الشرط التي يؤدي اعمالها الي إنتقال الملكية الي المشتري من وقت التعاقد، اعمالاً للأثر الرجعي للشرط، وليس من وقت الوفاء بالثمن.

رابعا: يتعلق حكم النقض المذكور بالمسئولية الشيئية القائمة علي فكرة الحراسة، وتنقطع صلته بتحديد تبعة الهلاك، ومن ثم لا مجال للإستشهاد به في هذا المقام.

---

(١) نقض ١٩٥١/٥/٢٤ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن. قاعدة رقم ٤٢ ص٩٧٤ .

(٢) مايلي ص٢٢١ .

وبالنسبة للقانون الفرنسي :

يؤدي إرتباط تبعة الهلاك بالملكية الي نتائج مخالفة لتلك التي رأيناها في القانون المصري في حالة البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية. يظل البائع، كقاعدة عامة، متحملاً تبعة هلاك المبيع، طوال فترة الإحتفاظ بالملكية، سواء قبل أو بعد تسليمه للمشتري.[1]

لا يثير تطبيق تلك القاعدة أية صعوبة في حالة هلاك المبيع المحتفظ بملكيته قبل تسليمه للمشتري سواء تعلق الامر بمنقول معين بالنوع أو معين بالذات أو في مرحلة التصنيع، حيث لا يغير شرط الإحتفاظ بالملكية شيئاً من حكم القواعد العامة. فالشئ المعين بالنوع لا تنتقل ملكيته الي المشتري، من حيث المبدأ، إلا بالإفراز (م١٥٨٥ مدني فرنسي)، ويتم ذلك عملاً عند التسليم. وتثور الصعوبة في حالة هلاك ذلك الشئ بعد الإفراز أو أثناء الطريق. فبينما يتحمل المشتري، في البيع العادي، تبعة الهلاك بوصفه مالكاً للمبيع منذ لحظة الإفراز[2]، فإن البائع هو الذي يتحمل ذلك في حالة إحتفاظه بملكية المبيع. ونفس الحكم في حالة البيع الوارد علي شئ معين بالذات حيث يتحمل البائع تبعة هلاكه لإحتفاظه بملكيته[3]، بخلاف الحال في البيع العادي حيث يتحمل المشتري تلك التبعة بمجرد العقد لأن الملكية

(1) Breitenstein, La Clause de reserve de propriété et le risque d' une perte fortuite de la chose vendue, R.D. Com. 1980, P.43.

(٢) انظر المادة ١٠٠ تجاري فرنسي التي نقل عنها المشرع المصري حكم المادة ٩٤ تجاري سابقاً، حيث عدل المشرع عن ذلك في قانون التجارة الجديد ما سبق ص ٩٢ .

R. Juan-Bonhomme, Le transfert des risques dans l Vente de meubles Corporels, thèse, Montpellier 1978, P. 159 S.

(3) Com. 10 oct. 1982, D. 1983. IR 482-Metz 29 oct. 1980, J.C.P. 1981.11.19615,obs, Ghestin.

تنتقل إليه منذ ذلك الحين. أما عن الشئ في مرحلة التصنيع، فإن ملكيته، كقاعدة عامة، لا تنتقل الي المشتري إلا بتمام صنعه[١]، ومن ثم يتحمل البائع تبعة هلاكه، في مرحلة التصنيع، بوصفه المالك له. أما إذا إشترط المشتري تملكه للشئ أثناء فترة التصنيع، فإنه يتحمل تبعة هلاكه.[٢]

ولا يتأثر مبدأ تحمل البائع لتبعة هلاك المبيع المحتفظ بملكيته بإنتقال حيازته الي المشتري حيث لا يؤثر التسليم علي المبدأ المذكور. وهذا ما ذهب اليه بالفعل القضاء الفرنسي علي الرغم من إمتعاض البعض من تلك النتيجة، حيث يصعب القول بإستمرار تحمل البائع لتبعة هلاك المبيع بالرغم من قيامه بتنفيذ إلتزامه بتسليمه للمشتري للإنتفاع به، وفقده كل سيطرة عليه. لذا حاول هذا البعض أن يستشف من مجموع نصوص عقد البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية اتجاه إرادة الإطراف ضمناً الي نقل عبء المخاطر علي عاتق المشتري[٣]. ولكن محكمة النقض رفضت صراحة ذلك الإتجاه وقررت بقاء تبعة الهلاك علي عاتق البائع المحتفظ بملكية المبيع[٤]، ما لم يوجد إتفاق مخالف.

لذا يجري العمل علي حرص البائع علي تضمين عقد البيع شرطاً يقضي بتحمل المشتري عبء هلاك المبيع منذ لحظة تسلمه رغم عدم

---

(١) انظر ما سبق ص٢٧ .

(2) Mousseron, la Clause de reserve de propritété, Cahiersde droit de l' entreprise 1980, n.4,P.1.

(3) T.de Strasbourg le 30 avr. 1975, note Y. Guon, D. 1980, p. 138 Cour de Calmar le 14 Oct. 1977 note J. Ghestin J.C.P. 1981.11.19615.

(4) Cass. 20 nov. 1979, Bull. Civ. IV, n. 300, D. 1980. 571 obs. B.A.

تملكه إياه وذلك تفادياً لمساوئ تطبيق القضاء للقواعد السابقة التي تعتبر، لحسن الحظ، ذات طبيعة مكملة[1]، ولا تتفق مع قواعد العدالة التي يفصح عنها الواقع العملي. ومن هنا تبدو بجلاء منطقية إتجاه المشرع المصري نحو ربط تبعة الهلاك بالتسليم.

والواقع إن قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ الصادر لتنظيم شرط الإحتفاظ بالملكية لم يتضمن جديداً في هذا الصدد، ومن ثم تبقي القواعد العامة علي ما هي عليه. ولكن هذا القانون من شأنه أن يضفي علي المسألة أهمية خاصة حيث يشجع علي إنتشار الشرط المذكور وما يستتبع ذلك من تناقض متزايد في العمل نتيجة الفصل بين تحمل تبعة الهلاك وحيازة المبيع والإنتفاع بــــه[2]. وليس من شأن تلك النتيجة حث المشتري علي العناية بالمبيع والمحافظة عليه نظراً لبقاء تبعة هلاكه علي عاتق البائع المحتفظ بملكيته. ولعل ما يخفف من حدة تلك النتيجة هو مبدأ مسئولية المشتري عن هلاك المبيع الناجم عن تقصيره. وتظل تبعة الهلاك بقوة قاهرة علي عاتق البائع ولا يستطيع التخلص من تلك التبعة الا بإثبات خطأ المشتري كسبب في هلاك المبيع، كما لو قام بوضعه في مكان غير ملائم له.[3]

وهكذا فإن شرط الإحتفاظ بالملكية وان كان يقي البائع مخاطر عدم

---

(1) R. Juan, Conseils pour la rédction d' une Clause de resérve de propriéte, Gaz. Pal., 8 Jan. 1981, P.D.

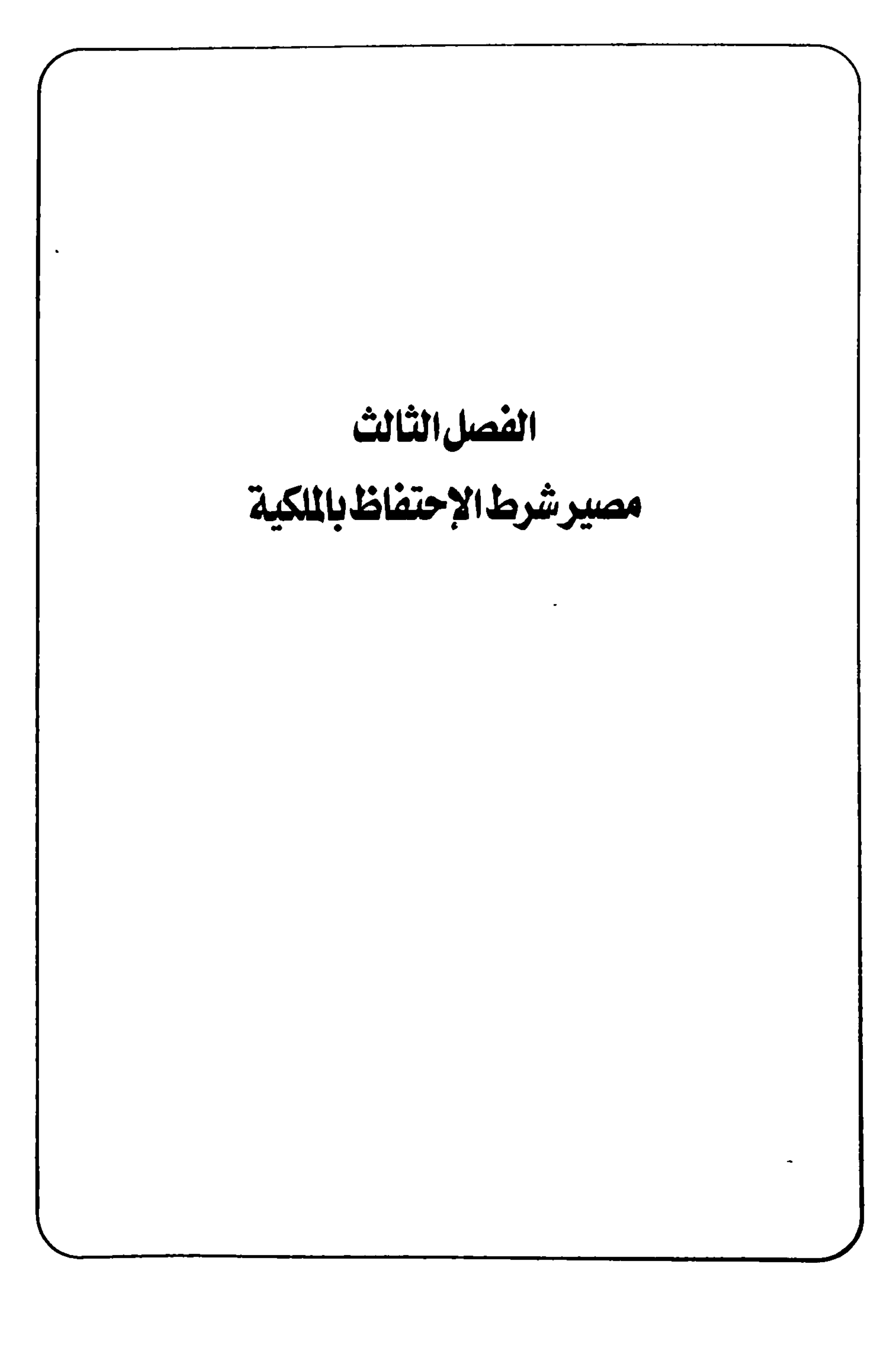
(2) Amiens, 10 jan. 1974, D. 1974. 363; R.D. Com. 1975.166 note Hémard.
T.C Valencienne, 30 nov. 1965, Gz. Pal. 1957.1.461.

(3) Com. 19 Mars 1963, R.T.D. Civ. 566. obs. Cornu.

إستيفاء الثمن الا أنه يعرضه لمخاطر تحمل تبعة هلاك المبيع الموجود في حيازة المشتري، لذا فإن البائع يحرص علي تفادي ذلك العيب من خلال تكملة الشرط المذكور بشرط إضافي يلقي بمقتضاه تبعة هلاك المبيع مباشرة علي عاتق المشتري. ولا شك في صحة هذا الإتفاق لان الامر لا يتعلق بالنظام العام، بل أن البائع يشترط علي المشتري، أحياناً، إبرام تأمين خاص علي البضاعة لصالح مالكها.(١)

---

(1) R. Juan, op.cit.



الفصل الثالث

مصير شرط الإحتفاظ بالملكية

تمهيد:

يتوقف مصير شرط الإحتفاظ بالملكية علي الهدف من وجوده في عقد البيع. يتمثل ذلك الهدف غالباً، في ضمان إستيفاء الثمن المؤجل أو الاقساط المتبقية منه. لذا يختلف حكم الشرط قبل حلول موعد الوفاء بالثمن عنه بعد حلول هذا الموعد. ونعرض لتلك الأحكام بداية في كل من القانونين الفرنسي والمصري ثم نفرد، في النهاية عنواناً مستقلاً للقانون الألماني.

(أ) حكم الشرط قبل حلول موعد الوفاء بالثمن:

١- البيع مع الإحتفاظ بملكية المبيع هو بيع بات تام ينتج كافة آثار البيع العادي حيث يلتزم البائع بالتسليم وبالضمان ويلتزم المشتري بالتسلم ودفع الثمن ونفقات العقد طبقاً للآجال المتفق عليها. وكل ما في الأمر أن الإلتزام بنقل الملكية يتراخي تنفيذه الي حين سداد كامل الثمن. فالبيع ليس موقوفاً علي شرط الوفاء بالثمن وإنما المعلق علي هذا الشرط هو إنتقال الملكية فقط. إن عقد البيع يرتب كافة آثاره الشخصية بمجرد إبرامه. أما الاثر العيني أي نقل الملكية فيتخلف عند الإبرام ويتوقف علي سداد كامل الثمن.(١)

يحتفظ البائع، قبل إستيفاء الثمن، بملكية المبيع رغم تسليمه للمشتري الذي يعتبر مجرد واضع يد أو حائز عرضي ليس له، نظرياً، سلطة إستعماله أو التصرف فيه، الا أنه يستعمله، بحكم مركزه الواقعي من جهة، وإستناداً الي الغاية الضمنية من البيع أو الي الشروط الإضافية الواردة فيه

(١) انظر تفصيل ذلك الباب الخاص بالطبيعة القانونية لشرط الإحتفاظ بالملكية.

من جهة أخري[1]. ولا يستطيع المشتري التصرف في المبيع،أو تحويله أو إدراجه ضمن شئ آخر، كل ذلك ما لم يوجد إتفاق مخالف بطبيعة الحال.[2]

يتوقف مصير الشرط، بعد حلول الأجل، في حقيقة الامر، علي قيام المشتري بالوفاء بالثمن من عدمه.

(ب) وفاء المشترى بالثمن:

إذا تم سداد كامل الثمن إنتقلت ملكية المبيع الي المشتري بأثر رجعي من وقت أبرام البيع. وتصبح التصرفات التي صدرت من المشتري نافذة منذ البداية، أي أنه يعتبر مالكاً للشئ وقت أن تصرف فيه بالبيع أو الرهن مثلاً. وتنتقل ملكيته الي المشتري الثاني أو ينشأ حق الرهن للدائن المرتهن من وقت التعاقد مع المشتري الأول. وتصبح ثمرات المبيع ملكاً للمشتري منذ إبرام البيع.[3]

يثور التساؤل، في هذا الصدد، حول المقصود بالوفاء بالثمن. تخضع المسألة لقواعد الوفاء بالإلتزام بصفة عامة وبوفاء المشتري بثمن المبيع بصفة خاصة، كل ذلك ما لم يوجد عرف أو إتفاق مخالف نظراً لعدم تعلق الموضوع، في الأصل، بالنظام العام.

---

(١) وقد رأينا أن البائع يتحمل تبعة هلاك المبيع في القانون الفرنسي، بينما يتحملها المشتري الذي تسلم المبيع في القانون المصري والألماني. ما سبق ص ٩١ .

(٢) انظر تفصيل ذلك ما سبق في الفصل الأول والثاني من هذا الباب.

(٣) تقرر محكمة النقض أن مؤدى المادة ٢/٤٥٨ مدني ان من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع الي المشتري من تاريخ إبرام البيع. فيمتلك الثمرات والثمار في المنقول والعقار علي السواء، مادام المبيع شيئاً معيناً بالذات من وقت تمام العقد. نقض ١٩٧٢/٢/١٧ المجموعة س٢٣ ص١٨٣ .

انظر المادة ٢/١٦٤ مدنى فرنسي.

Mazeaud par de Julgart, op. cit. n939.

تبدو أهمية واقعة الوفاء بالثمن من خلال إرتباطها بواقعة أخري أكثر أهمية وخطورة الا وهي إنتقال الملكية حيث تتحدد لحظة الإنتقال بتمام سداد الثمن. يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه بالشروط التي يقررها العقد، ويتحمل نفقات الوفاء وفقاً للقواعد العامة لأنه هو المدين به. ويكون الثمن مستحق الوفاء في مكان وزمان تسليم المبيع. فإذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع، وجب الوفاء به في موطن المشتري وقت إستحقاق الثمن. كل ذلك ما لم يوجد إتفاق أو عرف مخالف.[1]

والجدير بالذكر أن الوفاء بالثمن يتم في الأصل، بالطريق العادي، إلا أنه يمكن أن يتم من خلال العرض والإيداع، طبقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن،[2] إذا وجد سبب يدعو إلي ذلك [3]، كإمتناع البائع عن إستلام الثمن حتى يؤخر نقل الملكية.

ومن المقرر أن مجرد تحرير شيك بالثمن لا يعني الوفاء به. فالوفاء لا يتم الا بتحصيل البائع لقيمة الشيك[4]. ومن ثم فإن ملكية المبيع تنتقل الي

---

(١) المواد ٤٥٦، ١/٤٥٧ مدني مصري. مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص١٤٠
Mazeaud par de Julgart, op.cit. n. 931, 934.

(٢) المواد ٣٣٨: ٣٤٠ مدني مصري.

(٣) نقض ١٩٦٦/١١/١٥ المجموعة س١٧ ص١٦٨٨ .

(4) Pedamon, Enc. Dalloz, D. Com. V. paiment n. 42-Req. 21 mars 1932, D.P. 1933. 1.65- Vasseur et Marin, Le Chéque, éd. Sirey 969, T2, n. 158 et s.

وتقرر محكمة النقض بأن وفاء الدين الأصلي بطريق الشيك هو وفاء علي شرط التحصيل. وان مجرد سحب الشيك لا يعتبر وفاء مبرئاً لذمة صاحبه، إذ أن الإلتزام المترتب في ذمة المدين لا ينتفي الابقيام المسحوب عليه بصرف قيمة الشيك. نقض ١٩٧٦/١١/٢٩ المجموعة س٢٧ ص١٦٩٨، ١٩٦٤/١١/١٢ المجموعة س١٥ ص١٠٢٨ .

-/-

المشتري في الوقت الذي يتم قيد قيمة الشيك في حساب البائع. ويصبح المشتري بذلك حراً في التصرف في المبيع، كل ذلك ما لم يوجد إتفاق أو عرف مخالف.

ويجري العرف التجاري بالفعل علي عكس ذلك حيث يتحرر المدين من الدين بمجرد تسليم الشيك أو إرساله(١). وتنتقل بذلك ملكية المبيع الي المشترى وتكون له حرية التصرف فيه أنذاك. وتثور في هذه الحالة، العديد من الصعوبات، اذا تبين عدم وجود رصيد للشيك. للبائع الحق في إسترداد البضاعة الموجودة بحالتهاالعينية في حوزة المشتري(٢). فإذا كان الأخير قد تصرف فيها وقبض الثمن، فإن البائع لا يكون أمامه سوي الرجوع عليه كدائن عادي ضمن جماعة الدائنين في حالة الإفلاس. أما إذا كان الثمن مؤجلاً كان للبائع الأصلي الحق في الرجوع علي المشترى الثاني.(٣)

(حـ) تخلف المشترى عن الوفاء بالثمن:

إذا تخلف المشتري عن سداد الثمن في الموعد المحدد لا تنتقل اليه ملكية للبيع، بل تظل الملكية للبائع منذ البداية، وله أن يمتنع عن تسليم المبيع الي المشتري، والإحتفاظ بما يكون قد تقاضاه من أقساط الثمن علي سبيل

- والجدير بالذكر أن المادة ٦٢ من قانون ١٩٣٥/١٠/٣٠ (فرنسي)، الصادر بصدد توحيد قانون الشيك، تقضي بأن قبول الدائن للشيك كأداة وفاء ليس من شأنه تجديد الدين. ويظل، بالتالي، الدين الاصلي قائماً بكل الضمانات المرتبطة به حتى صرف قيمة الشيك.

انظر المادة ٣٥٤ مدني مصري. السنهوري جـ٣ ص٩٨١، القضاء المشار اليه.

(١) Ripert, Durand et Rablot, op.cit, P. 366.

(٢) انظر مايلي ص ١٣٤ .

(٣) انظر مايلي ص١٧٢ .

التعويض اذا كان هناك شرطاً بهذا المعني ويخضع لرقابة القضاء بطبيعة الحال.[1]

أما إذا كان المبيع قد تم تسليمه الي المشتري، فإن البائع يكون بالخيار بين عدة أمور:

الأول : التمسك بفسخ البيع وإسترداد المبيع مع الحق في التعويض طبقاً للقواعد العامة.

ويشمل التعويض الضرر الناجم عن الإخلال بتنفيذ الإلتزام وقيمة المبيع، في حالة إستحالة الرد، سواء لهلاكه أو تغير حالته العينية أو تعلق حق الغير حسن النية به.

ويذهب البعض الي أن البيع يعتبر كأن لم يكن، ويزول بقوة القانون دون حاجة الي حكم قضائي بسبب تخلف الشرط الواقف المتمثل في الوفاء بالثمن[2].

والسائد فقهاً وقضاءاً أنه يجوز للبائع طلب فسخ البيع من المحكمة التي يكون لها سلطة تقديرية في الحكم به متي تحققت من حصول المخالفة الموجبة له[3]. فالفسخ يجب طلبه من المحكمة الا إذا كان الطرفان قد إتفاق في عقد البيع علي إعتباره مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الي حكم في

(١) انظر مايلي ص١٠٣ .

(٢) السنهوري جـ٤ ص٢٢٢ .

(٣) عبد المنعم البدراوي ١٩٥٧، رقم ٦١، منصور مصطفي منصور ١٩٥٦، ص٢١، سليمان مرقس ص١١٣- نقض ١٩٦٢/٢/٨ المجموعة س١٣ ص١٩٦ .

حالة تأخر المشتري عن سداد الثمن[١] . يتفق ذلك الإتجاه ومراد الشارع الواضح من صريح نص المادة ٢/٤٣٠ مدني والاعمال التحضيرية[٢] . ويتمشي كذلك مع حكم القواعد العامة التي تقضي بعدم الفسخ الا بقضاء القاضي ما لم يوجد نص أو إتفاق صريح.[٣]

الثـاني : يستطيع البائع التمسك بالعقد ويطالب بتنفيذه، بدلاً من المطالبة بفسخه، فيقتضي من المشتري ما بقي في ذمته من الأقساط[٤]. غير أنه إذا حجز البائع علي المبيع للتنفيذ بباقي الثمن كان ذلك تنازلاً منه عن حقه في الإحتفاظ بالملكية المنصوص عليه في العقد[٥] . ويعد هذا النزول باتاً لا رجوع فيه، فلا يجوز له بعد ذلك التمسك بملكية المبيع تمهيداً لإسترداده[٦] . فلا يجوز الجمع بين إجراءات التنفيذ وإجراءات الفسخ في وقت واحد[٧] . فإذا اختار البائع تنفيذ الحكم بالباقي من الثمن لم يجز له الرجوع الي المطالبة بفسخ البيع[٨]، علي أن مجرد حصوله علي حكم بالباقي من الثمن لا يفيد حتماً نزوله عن شرط إستبقاء

---

(١) انظر بحثنا «دور القاضي ازاء الشرط الصريح الفاسخ) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٤٩ .

(٣) سليمان مرقس، فقرة ٢٥٧ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص ٤٩– استئناف مختلط ١٩٣٦/١٢/٢٣ م٤٩ ص٤٦ .

(٥) استئناف مختلط ١٩٤٧/١/١٦ م٥٩ ص٤٦ .

(٦) بني مزار الجزئية ١٩٣٩/١١/٨ المحاماة س٢٠ ص١٠٣٢، الإسكندرية ١٩٤٠/١٢/١٥ المحاماة س٢١ ص٩٢٨ (مشار اليهما في سليمان مرقس ص١١٤) .

(٧) استئناف مختلط ١٩٣٤/١١/٢٠ م٤٧ ص٣٠ .

(٨) استئناف مختلط ١٩٣٠/٥/٢٧ م٤٦ ص١٥٦ .

الملكية[1]، ولا يعتبر التنبيه حتماً نزولاً عن طلب الفسخ، فللبائع العدول عن التنبيه بالدفع الي طلب الفسخ[2]. ويكون للبائع، عند التنفيذ، أن يستوفي حقه من قيمة المبيع، طبقاً للأمتياز المقرر له، بالأولوية علي غيره من الدائنين.

الثالث : الحق في إسترداد المبيع مباشرة بإعتباره المالك له. ونكون. في هذه الحالة، أمام دعوي إستحقاق يطالب فيها المالك بملكية المبيع التي يظل محتفظاً بها رغم تعاقده عليه بالبيع. ولا يستطيع المشتري التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول لتخلف كل من السبب الصحيح (فعقد البيع لم ينقل الملكية) وحسن النية.

يتعطل هذا الحق في القانون المصري سابقاً، في حالة إفلاس المشتري حيث لا يكون أمام البائع سوي الدخول كدائن عادي من جماعة الدائنين، وذلك بخلاف الحال في كل من القانونين الألماني والفرنسي حيث يجوز للبائع التمسك بحقه قبل جماعة دائني المشتري. تغير الوضع في القانون المصري كما رأينا[3].

ويثور التساؤل، في هذا المقام، حول مصير عقد البيع في حالة إسترداد المبيع أي العلاقة بين طلب الإسترداد وفسخ البيع. يربط الفقه والقضاء في مصر، كما رأينا، بين الاثنين حيث لا يجوز الإسترداد الا بعد الحكم

(١) استئناف مختلط ١٩٣٠/٥/٢٧ م٤٢ ص٥٢١ .

(٢) استئناف ١٩٣٦/٤/٢٣ م٤٨ ص٢٤٠ (مشار إليه والأحكام السابقة في السنهوري جـ٤ ص٢٢٣).

(٣) انظر ما سبق ص١٠٩ .

بالفسخ. يختلف الامر في ألمانيا، ويثير الكثير في الجدل في فرسنا كما سنري[1].

(د) تعزيز شرط الإحتفاظ بالملكية بالشرط الجزائى :

لتعزيز ضمان البائع في إستيفاء حقه من خلال شرط الإحتفاظ بالملكية يتضمن العقد، عادة، شرطاً إضافياً مؤداه أحقية البائع، في حالة الفسخ بسبب التخلف عن الوفاء بالثمن، في الإحتفاظ، علي سبيل التعويض، بجزء أو بكل الأقساط المدفوعة من الثمن. يجيز المشرع مثل هذا الإتفاق ويعتبره بمثابة شرط جزائي تجري عليه أحكامه[2]. ويترتب علي ذلك:

١- إذا تم فسخ البيع بعد إستيفاء البائع جزءاً يسيراً من الأقساط، جاز للقاضي الحكم له به علي سبيل التعويض. أما إذا كان قد تم الوفاء بأكثر الأقساط، جاز للقاضي الحكم علي البائع برد جزء منها والإحتفاظ بالآخر كتعويض مناسب عن الفسخ.[3]

٢- بالنسبة للبيع التجاري بالتقسيط، وهو البيع الذي يكون تجارياً بالنسبة إلي طرفيه أو إلي أحدهما فقط، نص قانون التجارة علي أنه في حالة الحكم بالفسخ يجب أن يرد البائع الأقساط التى

---

(١) انظر مايلي ص١٥٣ .

(٢) م ٤٣٠/٢، ٢٢٤ مدني مصري، ١٢٣١ مدني فرنسي وقانون ٩ يوليو ١٩٧٥ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٤٩ .

P. Merle, l'interprétation juris prudentielle de la Clause de reséerve de propriété, R. Banque, 1988. 644-H. Le Dauphin, la Cluse de réserve de propriété dans l juris prudence de la Cour de Cassation, en Rapport de la Cour de Cassation 1988. 125.

قبضها بعد إستنزال ما يعادل أجرة الإنتفاع بالمبيع، بالإضافة إلي تعويض عن التلف الذي لحقه بسبب الاستعمال غير العادي. ويقع باطلاً كل اتفاق علي تحميل المشتري التزامات أشد من ذلك (م١٠٥).

٣- ليس للقاضي تطبيق الفقرة الأولي من المادة ٢٢٤ مدني مصري التي تقضي بأنه «لا يكون التعويض الإتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر»، ذلك أن المشرع احال في المادة ٤٣٠ مدني الي الفقرة الثانية، أي أن الاحالة تقتصر، في هذا المقام علي حكم تلك الفقرة فقط. ومن ثم لا يجوز للقاضي إعفاء المشتري من التعويض بدعوي عدم تحقق الضرر. فالمشرع بذلك يكون قد إفترض وقوع ضرر وقصر سلطة القاضي علي تقديره فقط والحكم بالتعويض الملائم له. ومن ثم يكون إستحقاق البائع لبعض أو كل الأقساط المدفوعة أمراً غير مقيد بإثبات حصول ضرر من الفسخ، بل أن البائع يستحق ذلك، طالما وجد إتفاق صريح في العقد ولو لم يثبت حصول الضرر.[1]

٤- إن سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي أمر يتعلق بالنظام العام ولا يجوز الإتفاق علي إستبعاد تلك السلطة. ويبطل كل إتفاق مخالف في هذا الصدد طبقاً لصريح نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٢٤ . ولا يقال أن المشرع إقتصر علي الإحالة الي

(١) سليمان مرقس ص١١٢ .

الفقرة الثانية فقط لأن حكم الفقرتين الأولي والثانية متعلقة بالنظام العام ومن ثم لا يجوز إستبعاد أيهما بالإتفاق، ويجوز الإستبعاد من قبل المشرع وحده كما فعل بالنسبة للفقرة الأولي.

(هـ) مصير شرط الإحتفاظ بالملكية فى القانون الألمانى:

إن قوة شرط الإحتفاظ بالملكية وفعاليته في ضمان حق البائع. والالماني تكمن في مكنه استرداد المبيع، الذي لم يتم الوفاء بثمنه، بصفة عامة، وفي حالة إفلاس المشتري بصفة خاصة. ينقضي دور الشرط، في هذا الصدد، وتنتهي فعاليته في الإسترداد اذا قام المشتري بإعادة بيع البضاعة أو تحويلها أو إدماجها ضمن مواد أخري[١]. ولتفادي تلك النتيجة يحرص الموردون، بصفة خاصة في حالة البضاعة المعدة للإستغلال، علي إشتراط تأمينات بديلة: مثل إشتراط حوالة الحقوق، الناجمة عن إعادة بيع البضاعة، للبائع الأصلي[٢]، وإشتراط الحلول العيني أي حلول البضاعة المحولة أو المندمجة محل البضاعة الأصلية في ضمان حق البائع في الثمن، أي أن شرط الإحتفاظ بالملكية يمتد الي تلك البضاعة الجديدة، ويكون للبائع الحق في إستردادها إستيفاءاً لحقه في الثمن.[٣]

ولكن الطريق الطبيعي لإنقضاء شرط الإحتفاظ بالملكية هو الوفاء بالثمن. ويتوقف تحديد تاريخ وجوب الوفاء بكامل الثمن علي عدة عوامل منها: عادات وعرف المهنة، الحالة الإقتصادية بصفة عامة، الآجال التي

---

(١) إنظر تفصيل ذلك مايلي ص ١٣٤، ١٧٠ .

(٢) انظر مايلي ص١٩٠ .

(٣) انظر مايلي ص١٤٥ .

يتم الإتفاق عليها بين الأطراف بصفة خاصة، إلا أنه مما يستوجب النظر في هذا المقام(١):

أولا : إن فكرة الوفـاء النقـدي تؤخـذ بمدلول واسع في نطاق العـمل التجاري الألماني، فهي تمتد لتشمل كل وفاء يتم خلال الفترة التي يحددها المورد عادة. وتتراوح هذه الفترة، بحسب نوع المهنة، من عشر الي ثلاثين يوماً، ويبدأ بعد ذلك إئتمان المورد. ومن ثم ينبغي التحفظ في قبول القول بإرتفاع نسبة الوفاء النقدي في الحياة التجارية الالمانية، حيث يجب الاخذ في الحسبان ان جانباً كبيراً من هذا الوفاء يتضمن قدراً من الإئتمان.

ثانيـاً : ان الوفاء النقدي المباشر أو الذي ينبغي إتمامه بصورة أسرع، يكون مصحوباً، في الغالب، بنوع من الخصم أي تخفيض الثمن المحدد أصلاً للبضاعة. وتختلف نسبة الخصم بحسب المهنة ونوع النشاط(٢). وتكون هذه النسبة عادة أفضل من معدل فائدة النبك. وتكمن ميزة هذا النظام في خلق نوع من المنافسة بين هذين المصدرين من مصادر الإئتمان التي تغذي الإقتصاد الإلماني. ويكون المصدرين للتجار والصناع، في هذه الحالة، مصلحة في الإقتراض من البنوك للوفاء بثمن البضاعة الموردة لهم نقداً، للإستفادة من الخصم المشار اليه. والواقع أنهم يلجأون بطريقة آلية الي هذا الاجراء، مما يدل ليس فقط علي بقاء إئتمان الموردين بل وتزايده المستمر.

وجدير بالذكر، في النهاية، أنه يترتب علي تخلف المشتري عن الوفاء

---

(1) M. Pédamon, R. Jur. Com., op.cit.

(٢) يصل الخصم الي ٣ ٪ مثلاً، في حالة الوفاء خلال عشرة أيام، في مجال صناعة الآثاث.

بالثمن أحقية البائع في فسخ العقد بإرادته المنفردة وإسترداد المبيع. ويلتزم، كقاعدة عامة، برد الأقساط التي تقاضاها من الثمن مع أحقيته في طلب التعويض عن الاضرار التي حلت به بسبب نقص قيمة البضاعة وفسخ البيع. ويزداد الحق فى التعويض قوة بوجود شرط جزائي في العقد يقضي بإحتفاظ البائع بالأقساط المدفوعة من الثمن علي سبيل التعويض[1] طبقاً للقواعد السابق عرضها في القانونين الفرنسي والمصري.

---

(١) نفس المرجع.

الباب الثانى

آثار شرط الإحتفاظ بالملكية بالنسبة للغير

إن الدور التأمينى لشرط الاحتفاظ بالملكية فى ضمان الوفاء بالثمن لا يتمثل فقط فى حث المشترى على السداد كى يتحرر من القيود المفروضة عليه فى الإنتفاع والتصرف فى المبيع ويجمع مكنات حق الملكية كاملة بين يديه، بل يبدو كذلك فى نفاذ حق البائع قبل الغير، أى حماية حقه فى مواجهة حقوق الغير. حيث تكمن أهمية الشرط المذكور وفعاليته فى إمكانية الاحتجاج به على الغير، سواء كان دائناً للمشترى المفلس، أو متصرفاً اليه فى المبيع ذاته. وأخيراً فإن شرط الإحتفاظ بالملكية نفسه يمكن أن ينتقل الى الغير على سبيل الضمان.

يتضح من ذلك أن معرفة آثار الشرط موضوع البحث فى مواجهة الغير تقتضى منا التعرض للنقاط الثلاث الآتية، نفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية قبل الدائنين، أثر شرط الإحتفاظ بالملكية بالنسبة للغير المتصرف إليه، إنتقال الإستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية للغير على سبيل الضمان.

الفصل الأول

نفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية قبل الدائنين

(دعوى استرداد المبيع)

يجوز الإحتجاج كقاعدة عامة، بشرط الإحتفاظ بالملكية على جماعة دائنى المشترى. للبائع الحق فى التمسك بالشرط المذكور فى مواجهة هذه الجماعة، ويمكنه بالتالى إسترداد المبيع الذى لم يستوف ثمنه، حتى مع صدور حكم بشهر إفلاس المشترى.

يجوز التقدم بطلب إسترداد المبيع سواء أكان المشترى خاضعاً للتسوية القضائية أو تصفية الأموال أو كان يتمتع بوقف مؤقت للمخاصمات Suspension provisoire des poursuites، لأن الإسترداد ليس من هذا القبيل.(١)

نلقى فى البداية نظرة عامة على الوضع فى القانون المصرى والقانون الألمانى والتطور الحديث فى التشريع الفرنسى، قبل تناول احكام دعوى الإسترداد التى نظمها هذا الأخير بالتفصيل.

---

(1) Axi en provence, 10 mai 1983, Gaz. pal. 1983.2.620, note Dureil.

المبحث الأول

مدى نفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية قبل الدائنين

إن مكمن قوة شرط الإحتفاظ بالملكية كوسيلة لضمان حق البائع في الثمن يأتي من إمكانية إسترداده للمبيع في حالة تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن. لا يثير هذا الإسترداد صعوبة في حالة بقاء المبيع، بحالته العينية، بين يدي المشتري المتقاعس عن الدفع. وإذا تصرف المشتري في المبيع كان تصرفه وارداً علي ملك الغير ويجوز للبائع الأصلي إسترداده من المتصرف إليه، ما لم يكن المبيع منقولاً وحازه الاخير بحسن نية[1]. وإذا حجز دائنو المشتري علي المبيع كان للبائع رفع دعوي إسترداد المبيع لأن ملكيته لم تنتقل بعد الي المدين المحجوز عليه.[2]

تثور الصعوبة في حالة توقف المشتري عن الدفع بسبب الإفلاس حيث تتعارض مصلحة البائع في إسترداد المبيع مع مصلحة باقي الدائنين في إعتباره أحد عناصر الذمة المالية للمشتري للتنفيذ عليه. نعرض للمسألة في كل من القوانين الثلاثة علي التوالي:

(أ) الوضع فى القانون المصرى :

إستقر الفقه والقضاء في مصر، قبل التعديل، علي عدم الإحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة جماعة الدائنين. فإذا أفلس المشتري قبل الوفاء كان المتبقي من الثمن ديناً في التفليسة يزاحم فيه البائع سائر دائني

---

(١) انظر مايلي ص١٧٠ .

(٢) اسكندرية الوطنية ١٩٣٨/٤/١٤ المحاماة س١٩ ص٨٤٦، ماسبق ص٨٠ .

المشتري نظراً لأن إمتياز البائع لا يسري في حق التفليسة من جهة ولا يكون له استرداد المبيع من التفليسة من جهة أخري[1] وذلك إستناداً الي نص المادة ٣٥٤ من التقنين التجاري، القديم، التي تقضي إنه «إذا بيعت منقولات لأحد ثم اشهر إفلاسه فلا يكون للبائع حق في الدعوي بفسخ البيع ولا تجوز له إقامة الدعوي بالإسترداد الا في الأحوال التي ستذكر بعد». ولم يرد، في الفصل الخاص بالإسترداد (المواد من ٣٧٦ الي ٣٨٩)، حكم يجيز استرداد البائع للمبيع الذي إحتفظ بملكيته في عقد البيع.

يتم تفضيل مصلحة الدائنين علي مصلحة البائع في إسترداد المبيع لأن الدائنين عولوا علي هذا المبيع الذي تسلمه المشتري ودخل ضمن أصوله بإعتباره أحد عناصر الضمان العام[2]. يؤدي ذلك بالضرورة الي إضعاف شرط الإحتفاظ بالملكية حيث يفقد جانباً هاماً من وظيفته التأمينية في ضمان حق البائع في الثمن بالنسبة للبيع الوارد علي المنقول، وهو المجال الغالب لاعمال الشرط المذكور. أما اذا ورد الشرط في التصرف المتعلق بالعقار وتم شهره فإنه يسري قبل الكافة.

تغير الوضع بصدور قانون التجارة ونصه في المادة ١٠٦/٢ علي نفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية علي الدائنين، حيث لا يجوز لهم التنفيذ علي المبيع الذي إحتفظ البائع بملكيته لحين إستيفاء الثمن، ومن ثم يجوز لهذا البائع أن يسترد المبيع من التفليسة، طالما قدم الدليل علي ملكيته له وذلك

(١) السنهوري جـ٤ ص٢٢٢، عبد المنعم البدراوي فقرات ٦١، ٦٢، ١٨١، مصطفي كمال طه ٤٦٥، حسني المصري، القانون التجاري، العقود التجارية، دار النهضة العربية ١٩٨٨ ص٨٩ وما بعدها.

(٢) محسن سامي مدكور وعلي يونس، الإفلاس، ١٩٦١، ص٣٦٩.

طبقاً للمادة ١/٦٢٦ من القانون السابق، ولكن يشترط أن يكون شرط الإحتفاظ بالملكية مدوناً في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق علي إجراءات التنفيذ أو وقت شهر الإفلاس.

ولا يمكن الإعتراض علي ذلك بنص المادة ٢/٦٣١ من نفس القانون القاضي بأن «كل شرط يكون من شأنه تمكين البائع من إسترداد البضائع أو الإحتفاظ بإمتيازه عليها لا يحتج به علي جماعة الدائنين. حيث ينصرف ذلك الي حالات فسخ البيع، والي كل شرط آخر ما عدا شرط الإحتفاظ بالملكية حيث ورد به حكم خاص كإستثناء من هذا الأصل العام، بل أن هذا الحكم الخاص يعد تطبيقاً للمبدأ العام الوارد في المادة ١/٦٢٦ .

(ب) الوضع فى القانون الالمانى :

يتمتع البائع المحتفظ بملكية المبيع بمركز قانوني قوي فى القانون الالمانـي[١]. لعل أهم مظاهر هذه القوة هو سريان شرط إحتفاظه بملكية المبيع قبل جماعة الدائنين. فبالإضافة الي حقه في معارضة الحجز الذي يوقعه دائنو المشتري علي المبيع، يكون للبائع حق سحبه من تفليسة المشتري. يستطيع البائع مباشرة دعوي إسترداد المبيع من تفليسة المشتري أو تسويته القضائية: ويجوز لمأمور التفليسة توقي الإسترداد بعرض الوفاء بالجزء المتبقي من الثمن المستحق.

وإذا إستخدم البائع حقه في استرداد المبيع تعين عليه رد الأقساط التي تقاضاها من الثمن، إلا أنه يستطيع المطالبة بتعويض عن إستعمال المبيع وتدهور حالته وكذلك عن الاضرار الناجمة بسبب عدم تنفيذ العقد.

---

(١) إنظر ما سبق ص ٨٥ .

والواقع أنه، بإقرار الفقه الألماني، من شأن حق الإسترداد، بالإضافة الي حقوق الأولوية المرتبطة بالتأمينات الواردة علي المنقولات دون التخلي عن حيازتها [1] فراغ الجانب الإيجابي من الذمة المالية للمشتري المفلس[2] وسوف نعرض لمضمون وأحكام هذا الحق في الإسترداد بمناسبة دراسة نظيره في القانون الفرنسي.

(حـ) الوضع فى القانون الفرنسى السابق:

أمام خلو القانون الفرنسي من نص ينظم المسألة، دأب القضاء علي عدم جواز الإحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة جماعة الدائنين بمناسبة التسوية القضائية أو تصفية أموال المتري.[3] ومن ثم فإن بدء تلك الإجراءات الجماعية ضد المشتري كان يشكل عقبة هامة أمام اعمال الشرط المذكور[4]، ويفقد بالتالي جانباً كبيراً من أهميته كأداة ضمان.

كانت المادة ٦٠ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ تحرم البائع من ممارسة حق الإسترداد المقرر في المادة ٢١٠٢/٤، في مواجهة جماعة الدائنين. وبالرغم من ذلك التشدد الواضح مع البائع لصالح الدائنين، كان القانون المذكور يخوله مكنة الإحتفاظ بالمبيع أو إسترداده في حالات استثنائية هي: وجود

---

(١) انظر ما سبق ص ٦٨ .

(2) M. Pédamon, op.cit.

(3) Ripert, traité élémentaire de droit Commercial par Roblot, T. 11, 8 eme éd. n. 3145.

(4) Mestre, De l' ancien sur la clause de résérve de propriété, Journ agrées, 982. 205.

المبيع في حيازة البائع أي لم يسلمه بعد للمشتري (م٦٣)، وجود المبيع في الطريق الي المشتري (م٦٢)، فسخ البيع أو رفع دعوي الفسخ قبل الحكم بشهر الإفلاس (م٦١).

سارت محكمة النقض الفرنسية في نفس الإتجاه المتشدد مع البائع مقررة عدم أحقيته في الإحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة جماعة دائني المشتري[١]. تفضل المحكمة، بذلك، مصلحة الدائنين لأنهم عولوا علي اليسار الظاهر للمدين الذي ساهم المبيع في قيامه، أضف الي ذلك رغبتها في تحقيق المساواة بين الدائنين بما فيهم البائع[٢]. ولكن محكمة النقض منحت البائع، مع ذلك، مكنة إسترداد المبيع إذا كان قد أعرب بوضوح وبتصرف رسمي عن إرادته في التمسك بالشرط الصريح الفاسخ المدرج في العقد قبل الحكم بشهر افلاس المشتري[٣]

(د) التطور التشريعي الحديث في القانون الفرنسي :

تدخل المشرع الفرنسي بالقانون رقم ٣٣٣-٨٠ في ١٢ مايو ١٩٨٠ مقرراً

---

(1) Civ. 28 Mars et 22 oct. 1934, D. 1934.1.151 note Vandamme, S. 1935, 1,337 note Esmein-Req 17 Juill. 1895, D. 1896.1.57, note Thaller.

(2) Traller, Droit Commercial, Paris 1910, n. 1497-Com. 7 juill 1976, D. 1878.70 note Honorat.

(3) Com.22 déc. 1975, D. 1976. 22-8 mai 1979 e 18 juin 1977, Gaz. Pal. 2.508.

نفاذ شرط الإحتجاج بالملكية في مواجهة جماعة دائني المشتري[١]. عدل القانون المذكور المادة ٦٥ من القانون ٥٦٣-٦٧ الصادر في ١٣ يوليو١٩٦٧ لتصبح: «يمكن إسترداد البضائع، طالما بقيت علي طبيعتها، الموجودة لدي المدين سواء علي سبيل الوديعة أو بقصد بيعها لحساب المالك. ونفس الشئ بالنسبة للبضائع التي بيعت مع إشتراط عدم إنتقال ملكيتها الي المشتري الا بعد سداد كامل الثمن، علي أن يكون هذا الشرط قد تم الإتفاق عليه، في صورة مكتوبة، بين الأطراف في وقت لا يتجاوز لحظة تسليم المبيع[٢] ومن ثم يستطيع البائع إسترداد البضاعة، التي إحتفظ بملكيتها كتابة قبل التسليم، الباقية علي حالتها العينية، اذا تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن. ويظل حق البائع في الإسترداد قائماً حتي بعد صدور الحكم بشهر افلاس المشتري. ويخرج البائع بذلك من وطأة الدخول في مزاحمة الدائنين لأنه يتمكن عن طريق دعواه الخاصة من إسترداد المبيع.[٣]

ويتضح من الاعمال التحضيرية للقانون الجديد[٤] ان المشرع لم يقصد تعديل القواعد العامة فيما يتعلق بنقل الملكية فى بيع المنقول، بل إتجهت نيته فقط الي وضع حد للقضاء السابق الذي ينكر نفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية قبل جماعة دائني المشتري المفلس.

(1) J.C.P. 1980, 49868.

(٢) وهو نفس الحكم الذي كرسه قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥، الخاص بالتقويم والتصفية القضائية للمشروعات، في المادة ١٢١ .

(3) F. Pérochon. La reserve de propriété dans l Vente de meubles Corporels., thèse, Litec, 1988, P. 199.

(4) Rapport Rudloff au Sénat, Doc. n.14 et 226 annex P.V. séance 10 oct. 1979, P. 15- Rapport Millon, Ass nat. n. 1492 au P.V., seance du 17 déc. 1979, P. 10.

فالمادة ١٥٨٣ مدني تبرز مبدأ الرضائية بتقريرها «إن البيع ينعقد باتاً بين أطرافه وتنتقل الملكية بقوة القانون من البائع الي المشتري بمجرد التوافق علي المبيع والثمن، ولو لم يتم تسليم المبيع ودفع الثمن»، أي ان الملكية تنتقل، من حيث المبدأ، بمجرد التراضي[١]، إلا أنه نظراً لعدم تعلق المبدأ السابق بالنظام العام يجوز للأطراف الإتفاق علي ما يخالفه كتأجيل نقل ملكية المبيع الي وقت لاحق علي إبرام العقد، ومن ثم فإن مشروعية شرط الإحتفاظ بالملكية لم تكن محل نقاش حتي في حالة تسليم المبيع للمشتري[٢]، بل أن هذا الشرط ينسجم مع الإتجاه الإجتماعى المتزايد في القانون الفرنسي والمعارض لمبدأ اطلاق الرضائية في عقد البيع، والذي يتجه الي وجوب ربط نقل ملكية المبيع بالوفاء الفعلي لكامل الثمن. يعد شرط الإحتفاظ بالملكية ضمانة للبائع في مواجهة المشتري الذي يخاطر دون وعي، بالإستدانة. إذ يمكن للبائع إسترداد المبيع بمجرد تقاعس المشتري عن الوفاء بالثمن.[٣]

جاء التعديل التشريعي الحديث لصالح البائع، إلا أنه أدي بطريقة غير مباشرة الي تعديل هام في قانون الإفلاس، حيث أجاز للبائع، الذي يحتفظ بملكية المبيع، إسترداده، في حالة تخلف المشتري عن الوفاء، حتي بعد صدور حكم بالتسوية القضائية أو بتصفية أموال المشتري. ولا شك أن ذلك

(1) Carbonnier, l'infuence du paiement du prix sur le transfert de la propriété dans la Vente, in travaux de l'univeristé de Bruxelles, T. VII, 1960, P. 130.

(2) Planiol et Ripert, Traité de droit Civil, par Hamel, Givord et Tunc, T.X., 1956, n.10.

(3) Carbonnier, op.cit. P. 128.

التعديل من شأنه أن يؤدي الي إزدهار شرط الإحتفاظ بالملكية وإنتشاره عملاً في عقود البيع ليصبح شرطاً دارجاً فيها.(١)

ويثور التساؤل، في هذا المقام، حول الحكمة التي دفعت المشرع الي الخروج علي القواعد العامة في قانون الإفلاس التي ترتكز أساساً علي نظرية الوضع الظاهر ومبدأ المساواة بين الدائنين حيث يحق للدائنين التعويل علي كل ما يجود لديه من منقولات عند التعامل معه، ومن ثم إدخالها ضمن الضمان العام لهم .ويبرز الفقه مجموعتين من الأسباب وراء هذا الخروج: الأولي ذات طابع إقتصادي أو مالي، والثانية مستمدة من القانون المقارن:

أولا : يؤدي التعديل الجديد الي تقوية شرط الإحتفاظ بالملكية وبالتالي تدعيم الإئتمان والحد من حالات الإفلاس، ويستتبع ذلك بالضرورة الأزدهار الإقتصادي وهبوط التضخم . يتضح ذلك من خلال الآثار السيئة للوضع السابق حيث كان عدم نفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية قبل دائني المشتري المفلس سبباً لتعرض المشروعات لكثير من الصعوبات المالية، حيث فقد الموردون ثقتهم في جدوي هذا الشرط وقيمته وإمتنعوا عن تزويد المشروعات بالبضائع اللازمة بالأجل مما أدي الي تعرضها لضائقات مالية بسبب

(1) Garcin et Thieffry, La Cluse de reserve de propriété, Gaz. Pal. 1980, P. 193.

نقص السيولة النقدية، وتوالت بالتالي حالات الافلاس باثارها السيئة علي الحياة الإقتصادية والإجتماعية.[1]

ثانياً: أصبح القانون الفرنسي، بصدد هذه المسألة، في معزل عن جيرانه الأوروبيين وظهر بمظهر المتأخر عن إستيعاب التطور الحديث لمضمون شرط الإحتفاظ بالملكية[2]. ذلك التطور الذي كرسه ببراعة المشرع الالماني[3]. ونفس الشئ في كل من بلچيكا ولوكسمبورج وسويسرا وإيطاليا[4]، بل أن موقف القانون الفرنسي بات يشكل عقبة امام الإتجاه نحو توحيد التشريعات الاوروبية، بصفة خاصة مشروع الإتفاقية الاوروبية بصدد الإفلاس أو المشروع الذي إقترحه المجلس حول الآثار القانونية للعقود التي تتضمن شرط الإحتفاظ بالملكية.[5]

يؤدي التعديل التشريعي الحديث في القانون الفرنسي، بلا شك، الي

---

(1)Fangain, Reserve de propriété, illusion sur ses effets économiques, Gaz. Pal 1980.260.

Lyonnet. la faillite de la faillite: Clause de réserve de propriété et masse des Créanciers, Gaz. Pal. 1980.119.

(2) E.du Pontavice. intérêt limites de la Clause de résérve de propriété, R. Banque 1980-1097- Duguet, La reserve de la propriété, Gaz. Pal 1980-287.

(3) Meissner, l' opposabilité de la propriété mobilière aux tirs en droit Allemand, Gaz pal, 1972. 369.

(4) Houin, L'introduction de la Clause de réserve de prpriété dans le droit français de la faillite, J.C.P. 1980, éd g. 1.2978.

(5) Pédamon M., Considérations Comparatives sur la loi du12 mai 1980, Etudes offertes à R. Rodière 1980.

تقوية الشرط المذكور وكثرة اللجوء اليه، بالتالي، في المعاملات. وحرص البائعون علي إدراجه في عقود البيع الإئتمانية.

لعل تلك الأهمية المتزايدة للشرط تستوجب، أمام آثاره الخطيرة. ضرورة توفير حماية أكبر للمشتري والغير من خلال التبصر في وجوب النص عليه في صلب الوثيقة التعاقدية الموقع عليها من الأطراف، بطريقة بارزة وواضحة لا تثير لبساً أو غموضاً حول مضمونه وما قد يصاحبه من احكام تكميلية. وإذا تم الإتفاق علي الشرط في وثيقة إضافية، فإنه ينبغي أن تكون موقعة من الطرفين وأن يكون كل طرف علي علم كامل بها، وان تكون الاشارة الي هذه الوثيقة في صلب العقد قد تمت بطريقة محددة وواضحة.[1]

(1) J. Ghestin, Reflexions... op.cit., n.61.

المبحث الثانى

دعوى إسترداد البائع للمبيع المحتفظ بملكيته

نعرض فى البداية لشروط دعوى الإسترداد قبل التعريض لبيان احكامها.

المطلب الأول

شروط قبول دعوى الإسترداد

إن منح البائع دعوي إسترداد المنقول المبيع المحتفظ بملكيته من يد المشتري المتقاعس عن الوفاء بالثمن يعد أمراً طبيعياً في حالة يسار الاخير أي تمتعه بضمان عام قوي. أما في الحالة التي يشكل فيها ممارسة تلك الدعوي مساساً بالضمان العام للدائنين الذين عولوا علي وجود المبيع كعنصر هام من عناصره، فإن ذلك يعد تفضيلاً لحق البائع علي حقوقهم وخروجاً علي القواعد العامة في الإفلاس التي تقوم علي حماية الوضع الظاهر من جهة والمساواة بين الدائنين من جهة أخري(١).

منح المشرع الفرنسي الحديث تلك الدعوي في هذه الحالة علي سبيل الإستثناء لأسباب معينة(٢)، الا أنه أحاط أعمالها بضمانات قوية حتي لا تنطوي ممارستها علي غش أو اضرار بحقوق الدائنين وحتي تحقق الهدف المقصود من وراء تقريرها. يمكن حصر تلك الضمانات في عدة شروط هي: وجود إتفاق مكتوب علي شرط الإحتفاظ بالملكية قبل تسليم البضاعة

---

(١) انظر ما سبق ص ١١١ .

(٢) انظر ما سبق ص ١١٢، ٧٢ .

للمشتري، ورفع الدعوي خلال مدة معينة، بقاء المبيع علي حالته العينية[1]. ونعرض لكل منها علي التوالي.

الفرع الأول

الإتفاق كتابة على شرط الإحتفاظ بالملكية قبل تسلم المشترى للمبيع

طبقاً للقواعد العامة لا يخضع شرط الإحتفاظ بالملكية لشكلية محددة في إثباته أو نفاذه. خرج المشرع الفرنسي علي تلك القواعد ونص صراحة علي أنه لا يجوز للبائع طلب إسترداد المبيع في مواجهة جماعة الدائنين الا إذا كان هناك إتفاق مكتوب علي الشرط قبل تسليم المبيع للمشتري. يعد النص إستثناءاً هاماً علي القواعد العامة والعرف التجاري القائمين علي مبدأ الرضائية. أضيف هذا النص بقانون ١٢ مايو ١٩٨٠ استجابة لتوصية من الحكومة بهدف توقي إحتمالات الغش[2]، حيث ينبغي أن يكون الشرط منصوصاً عليه صراحة، وأن يكون مكتوباً علي نحو لا يفتح الباب أمام أي جدل أي غش.[3] وقد إشترط المشرع المصري الكتابة كذلك كما رأينا.

ونعرض للموضوع من خلال بيان: المقصود بالشرط المكتوب، الطبيعة

---

(١) ويفترض ذلك بداهة بقاء المبيع ضمن أموال التفليسة. أما إذا كان المشتري قد تصرف فيه للغير حسن النية قبل بدء الإجراءات القضائية، فإن دعوي الإسترداد تكون غير مقبولة.

Com. 1er oct. 1985, R.D. Com. 1986. 553 obs. Hemard et Bouloc, 19 mars 1987, D. 1988, Som. 12. obs. Derrida.

وانظر فيما يتعلق بحق البائع في إقتضاء ثمن البضاعة الموجودة في ذمة المتصرف اليه مايلي ص١٧٢ .

(2) Houin, op.cit.

(3) Ass. nat. debats, 2 séance 19 avr. 980. J.O., P571. Col.2.

القانونية للكتابة المطلوبة. قيام الإتفاق علي الشرط قبل تسليم البضاعة. عدم خضوع الشرط للشهر، ثم نعرض أخيراً لصحة وإثبات الإتفاق علي الشرط في القانون الالماني.

(أ) المقصود بالشرط المكتوب:

يتضح من صياغة النص انه يتطلب أمرين: وجود إتفاق علي الشرط، وأن يكون هذا الإتفاق مكتوباً. وبصدد تفسير تلك المسألة يوجد إتجاهات:

الأول: يلتزم بالتفسير الحرفي للنص ويشترط قيام إتفاق بين الاطراف علي شرط الإحتفاظ بالملكية، وان يتم توقيع الإتفاق من المتعاقدين أو من ينوب عنهما، ومن ثم ينبغي وجود وثيقة عقدية خاصة تنظم مبدأ وأحكام الشرط المذكور[١]. مؤدي ذلك الإتجاه المتشدد ان الإتفاق ينبغي أن ينصب بصفة خاصة علي شرط الإحتفاظ بالملكية[٢]، حيث أننا أمام شرط ذي طبيعة إستثنائية تستوجب التزام التفسير الضيق بصدده، ومن الأحوط للأطراف تضمينه وبيان أحكامه في وثيقة خاصة قاطعة حسماً لكل خلاف حول وجوده أو مضمونه.[٣]

---

(١) انظر القضاء المشار إليه في:

R.D. Com., 1984.717, note J. Hemard et B. Boulac.

(2) Rapport du Fidal presenté au Congrés des conseils juridiques de Strasbourg des 10.12 oct. 1980, n. 60-

(3) J.O. 6 oct. 1980.

F. Derrida, La Clause de réserve de propriété et le droit des procédures Collectives, D. 1980. 297.

ويتفق ذلك مع الإتجاه الحديث الذي يري وجوب ربط فاعلية الشروط المخالفة للقواعد العامة في

-/-

الثـــانى : يتجـه نحو تفسير أوسع يتـفق مع العرف والعادات التجارية، ويكتـفي بأن يرد الشـرط ضمن الشـروط العامـة الموجـودة فـي الوثيقـة التي تتضمن عـقد البيع[١]. ولا يلزم بالضرورة تجسيد الإتفاق علي الشرط في وثيقة خاصة[٢]. ومن ثم يكفي في هذا الصدد، ورود الشرط في عقد البيع أو أية وثيقة أخري كطلب البضاعة أو خطاب التصديق عليها أو إذن التسليم أو الفاتورة التي تساهم في تحديد وبيان مضمونه. فالبائع له حرية التعبير في هذا المجال، إلا أن هذه الحرية مقيدة بضرورة قبول المشتري للشرط في ذاته أو ضمن الشروط العامة للصفقة.[٣]

وقد ساد الإتجاه الثاني بالفعل لإتفاقه مع مراد الشارع الذي تكشف عنه الإعمال التحضيرية[٤]، ولتمشيه مع المبادئ العام للقانون. وإستقر القضاء علي الاخـذ بهـذا المفـهوم. ويتضح لنا من احكام محكمـة النقض أنـها قـد إستقرت علي المبادئ الآتية:

- العقد بنوع من الشكلية بهدف حماية المستهلك أو المدخر العادي بل والتجار فيما بينهم. بل ان تحقيق الفائدة المرجوة من الشكلية الموضوعة لحماية الغير يستوجب عدم إتباع التفسير الضيق بشأنها بحجة الإستناد الي مبدأ الرضائية.

J. Ghestin, Reflexions..., op.cit, n. 57,58.

(١) بشرط أن يكون بارزاً وواضحاً، فلا يعتد القضاء بالشرط المدون بحروف صغيرة ضمن الشروط العامة للبيع دون أن يلفت إنتباه المشتري.

Com. 29 mars 1989, R.D. Com. 1989, 715 obs. Bouloc.

Paris 16 oct. 1984, Gaz. Pal. 1985.1.56.

(2) T.Com. Troyers, 28 Juill. 1980, Gaz.Pal, 156 oct. 1980.

(3) Civ. 22 juin 1983. civ. IV, n. 187.

(4) Rep. min. 6 oct. 1980, Gaz.Pal. 22 oct. 1980.

١ - تقرر محكمة النقض وجوب ثبوت قبول المشتري لشرط الإحتفاظ بالملكية. يمكن أن يتضح هذا القبول من تنفيذه للعقد وهو علي بينة من وجود الشرط الذي كان مدرجاً ضمن الشروط العامة للبيع، المرسلة اليه في خطاب مسجل بعلم الوصول بناء علي طلبه للبضاعة، والتي لم يعترض عليها خلال فترة الستة أسابيع التي سبقت تسليم البضاعة [١]. أي أنه ينبغي أن يكون الشرط منصوصاً عليه كتابة وأن يقبله المشتري، علي الأكثر عند تسلمه للبضاعة. ويكفي وجود الكتابة علي أي محرر صادر من البائع وموجه الي المشتري[٢]. وقبول المشتري للشرط لا يلزم بالضرورة أن يكون مكتوباً[٣] فى قيامه بتنفيذ العقد مع علمه الكامل بشرط الإحتفاظ بالملكية المكتوب فيه يعد قبولاً منه له[٤]. ويعد قبولاً للشرط، كذلك، مجرد توقيع المشتري علي إذن التسليم أو الفاتورة طالما كان هذا الشرط مكتوباً في أيهما بوضوح[٥]، بل ويكفي مجرد وضع خاتمه التجاري علي الشروط العامة للبيع. وينبغي التأكيد، في

---

(1) Com. 5 nov. 1985 Bull. Civ., IV, n. 258-Com. 25 fev. 1986, Bull. Civ. IV, n.31.

(2) Com. 16 oct. 1990, Bull. Civ., IV 239.

(3) Com. 19 fév. 1985, Bull. Civ. IV , n68-Com. 22 juin 1983. R.D. Comm, 1985, 561, obs. Bouloc.

(4) Com 10 fev. 1987, Bull Civ., IV, n.36.

(5) Com. 12 déc. 1984)2 arrets), Bull. Civ.IV. N. 347 et 348.

(5) Rouen, 1er oct. 1981 note J. note J. Thieffery, Gaz. Pal., 18,19 déc. 1981, P.7.

وعكس ذلك :

Chambery, 24 nov. 1981, Paris, 25 fec. 1982, Gaz. Pal., 26.27 mai1982.

النهاية، بأن محكمة النقض تستبعد إستنتاج موافقة المشتري علي الشرط من مجرد القرائن، وإن سكوته لا يعني مطلقاً القبول.[1]

٢- ترفض محكمة النقض صراحة الإستعاضة عن كتابة الشرط بما يجري عليه العمل بين الأطراف من معاملات سابقة[2]. ولا يمكن أن يستعاض عن قبول المشتري الصريح والمؤكد للشرط بمجرد قيام معاملات منتظمة له مع البائع متضمنة الشرط المذكور. ولا يجوز القول بأن المشتري قبل ضمناً شرطاً يستشف من مجرد تكرار المعاملات مع البائع. ولا يكفي مجرد وجود إتفاق علي مبدأ إتمام المعاملات بين الطرفين مع شرط الإحتفاظ بالملكية، إذ العبرة بكل عملية علي حدة[3].

٣- يقع علي البائع عبء إقامة الدليل علي وجود شرط الإحتفاظ بالملكية وعلي قبول المشتري له[4]، ذلك أن وجوب كتابة الشرط أمر مطلوب من جانب البائع، ويتفق ذلك مع القواعد العامة، فهو الدائن من جهة ويدعي أمراً مخالفاً للوضع الثابت أصلاً وهو إنتقال ملكية المبيع.

ويقوم التعارض أحياناً بين الشروط العامة للبيع التي يضعها البائع

(1) Com 11 mai 1984, Bull. Civ., IV, IV, n.154.
(2) Com. 12 déc. 1984, Bull. Civ. IV., n. 347-5 nov. 1985, Bull. Civ., n.259-25 fev. 1986, Bull. Civ. IV, n.310.
(3) Com. 9 Jan. 1985, Bull. Civ. IV. n.21-15 nov. 1988, 3 janv. 1989, R.D. Com. 1989. 714.
(4) Com. 22 juin1983, R.D. Com., 1984, P.717 note Bouloc.

متضمنة شرط الإحتفاظ بالملكية وتلك الخاصة بالمشتري التي تستبعد صراحة هذا الشرط. لا يعتد القضاء بوجود الشرط فى هذه الحالة ما لم يقم دليل آخر يفيد قبول المشتري له[1].

يكشف قضاء النقض عن التساهل الواضح في تفسير المقصود بالشرط المتفق عليه كتابة بين الأطراف. يواكب هذا القضاء هدف المشرع الرامي الي تفضيل مصلحة البائع الذي لم يستوف حقه على مصلحة جماعة الدائنين، ومن ثم فإن العبرة بإرادة البائع التي ينبغي أن تظهر كتابة بوضوح لحظة تسليم البضاعة بغض النظر عن قيام اتفاق كامل بين البائع والمشتري[2]، حيث يكفي البائع، للإحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية علي جماعة الدائنين، تقديم الدليل علي ما يفيد تسلم المشتري للبضاعة ووجود الشرط مكتوباً في أية وثيقة لدي المشتري.[3]

(ب) الطبيعة القانونية للكتابة المطلوبة:

تقضي القواعد العامة بأن شرط الإحتفاظ بالملكية يقع صحيحاً بمجرد الإتفاق عليه دون حاجة الي إجراءات شكلية معينة. هذا هو الحكم، سابقاً، في القانون المصري، ونفس الشئ في فرنسا قبل صدور قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ .

(1) Versailles, 13 Mai 1987, D. 1988. som. 9 obs. Derrida-Paris23 sep. 1986. Journ. agrées 1989, 215.

(2) Proposition de loi Dubanchet. doc. n. 407, Sénat, 2 eme session 1977-1978.

(3) Com. 11 mai 1984, R.D. Com., 1985, P. 561 note. Bouloc.

خرج المشرع المصري على تلك القواعد العامة، وتطلب الكتابة كشرط ضروري لنفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الغير والدائنين ،ولا تكفي مجرد الكتابة بل يتعين كذلك ثبوت التاريخ قبل وجود حق الغير أو إجراءات التنفيذ.

يتساءل الفقه الفرنسي بحق عن السر وراء خروج المشرع علي تلك القواعد وتطلبه الكتابة كشكل ضروري بصدد شرط الإحتفاظ بالملكية. ألم يكن كافياً مجرد ورود الشرط ضمن الشروط العامة للبيع علي أن يتم إثباته ومدي صلاحيته طبقاً للقواعد المتبعة في الإتفاقات بصفة عامة والتجارية بصفة خاصة[1] ؟

لا شك أن النص بحالته الراهنة يقتضي، بوضوح وبلا أدني شك، وجود إتفاق مكتوب علي شرط الإحتفاظ بالملكية. وهذا الحكم عام التطبيق بما في ذلك المسائل التجارية التي يسمح المشرع ويجري العمل فيها علي جواز الإثبات بكل الطرق[2]. فما هو البعد الحقيقي وراء إشتراط الكتابة؟

لا شك أن المشرع الفرنسي تأثر، في صياغته للقانون، بالنص الوارد في المشروع التمهيدي للإتفاقية الأوروبية. تقضي المادة ١/٣٩ من هذا المشروع بأن «آثار شروط الإحتفاظ بالملكية المتعلقة بالعقود المذكورة في المادة ٣٨ تخضع لقانون الدولة المتعاقدة التي صدر فيها الحكم بالإفلاس. ويجب أن يعترف هذا القانون بنفاذ شروط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة دائني المشتري طالما كان هذا الشرط قد تعلق بالشئ المبيع بقصد ضمان

(1) Y. Demoures, op.cit, n. 31.

(2) F. Chamoux, La preuve dans les affaires, Litec, 1979, P.69.

الوفاء بثمنه وكان ثابتاً كتابة قبل تسليم البضاعة ولا يشترط أي شرط شكلي آخر. وينبغي أن يسمح القانون لمأمور التفليسة بأن يقيم الدليل بكافة الطرق، علي أن الكتابة أو التاريخ المذكور مسألة غير حقيقية أو قصد بها الغش». يتضح من ذلك النص، أنه يكفي مجرد الكتابة البسيطة ولو لم تكن موقعة أياً كانت طبيعتها أو شكلها، ومن ثم يكفي مجرد «تلغراف أو تلكس». والكتابة هنا مطلوبة من قبل البائع أما المشتري فيكفي ثبوت قبوله للشرط المكتوب.(١)

والواقع أن تطلب الكتابة أمر قصد به تنبيه الأطراف الي الطبيعة الإستثنائية لشرط الإحتفاظ بالملكية وآثاره التي تعد خروجاً علي القواعد العامة، ووجوب التدقيق في الإتفاق علي هذا الشرط وبيان أحكامه.

فالشرط المذكور من شأنه أن يحمل البائع تبعة هلاك المبيع رغم تسليمه للمشتري، ويقيد الأخير في إستغلاله والتصرف فيه، ويجيز للبائع إسترداده في حالة عدم إستيفاء باقي الثمن مهما كان ضئيلاً. ولا شك أن تلك النتائج الخطيرة لا تتفق مع قصد الأطراف عند الإتفاق علي الشرط، لذا يجري العمل علي مصاحبته بشروط أخرى تكميلية لتنظيم آثاره بالطريقة التي تتلائم ومصالح الأطراف، ومن هنا كانت أهمية الإتفاق كتابة علي الشرط المذكور.(٢)

يري البعض أن الكتابة هنا قصد بها خمية رضاء الطرفين حيث تجري

(1) Y. Chaput, Les Clauses de reserv de propriété, J.C.P., 1981. 3017, n.23.

(2) Mousseron . La Clause de reserve de propriété, Cahirers de droit de l' entreprise 1980, P.1.

التشريعات الحديثة علي تطلب صياغة شكلية معينة لكل شرط إستثنائي يتم إدراجه في العقد المبرم بين الأطراف، ومن ثم فإن المشرع قصد بتطلب الكتابة هنا تنبيه المتعاقدين لأهمية شرط الإحتفاظ بالملكية وطبيعته الإستثنائية.[1]

والواقع ان هذا الإتجاه رغم وجاهته يصعب القول بأنه يعبر عن مراد الشارع من وراء النص علي الكتابة كما هو واضح من الاعمال التحضيرية ومن رد الحكومة علي أحد النواب[2]. ولسنا في حقيقة الامر، أمام اجراء شكلي بالمعني الدقيق، لأن القانون عندما يتطلب الشكلية في إبرام التصرف نكون أمام إجراء لازم لا يغني عنه إجراء آخر ويستتبع تخلفه بطلان التصرف. ولم يقل أحد ببطلان شرط الإحتفاظ بالملكية غير المكتوب بدليل أنه كان دائماً صحيحاً ومعترفاً به قبل صدور القانون الذي جاء لتقويته لا لإضعافه، لذا لا يمكن القول بأن الكتابة هنا مطلوبة لصحة الشرط المذكور.[3]

الحقيقة ان المقصود من الكتابة هنا هو تجنب الغش بقصد الاضرار بحقوق جماعة دائني المشتري. فسريان شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة هذه الجماعة يعد أمراً إستثنائياً قصد به حماية البائع الذي لم يستوف حقه، ومن ثم لا ينبغي إستغلال هذا الشرط كوسيلة لتهريب أموال المدين أو لتفضيل دائن علي سائر الدائنين.

(1) J. Acquaviva et C. Bacrot, La Clause de reserve de propriété en droit des Affaires, Gaz. pal. 1980, P. 526.

(2) J.O., 6 oct. 1980.

(3) J. Ghestin, Reflexions..., op.cit., n. 58.

مؤدي ذلك ان الكتابة هنا صورة من صور الشهر، أي شكل تكميلي، ليس ضرورياً لصحة التصرف بل لترتيب أثر قانوني معين لا يقوم بدونه. يتمثل هذا الاثر في الإحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية قبل جماعة الدائنين. فالكتابة شرط لنفاذ الشرط المذكور قبل دائني المشتري وذلك لتجنب الغش بقصد الإضرار بحقوقهم. ويكفي لحماية هؤلاء الدائنين من الغش ثبوت قيام الشرط كتابة. وأن يتم قبول المشتري له، قبل تسلمه البضاعة.[١]

(حـ) قيام الإتفاق على الشرط قبل تسليم البضاعة:

إكتفي المشرع المصري بقيام الإتفاق كتابة علي شرط الإحتفاظ بالملكية وثبوت تاريخه قبل قيام حق الغير أو قبل إجراءات التنفيذ. وهذا الإتفاق يتم عادة عند التعاقد وقبل تسليم المبيع، إلا أن المشرع لم يشترط ذلك حيث يمكن كتابة الشرط بعد التسليم، وذلك بخلاف الحال في كل من القانونين الفرنسي والألماني.

رغبة من المشرع الفرنسي في تفادي الغش بقصد الإضرار بمصالح جماعة الدائنين، إستلزم، لنفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية قبلهم، أن يكون الإتفاق عليه كتابة قد تم قبل تسليم البضاعة للمشتري أو علي الأكثر عند التسليم[٢]. مفاد ذلك أن الميزة التي قررها القانون للبائع الذي لم يستوف

---

(١) نفس المرجع

(٢) تأثر المشرع الفرنسي، بالحكم الوارد في المشروع التمهيدي للإتفاقية الأوروبية. أنظر ماسبق ص١٢٨
والجدير بالذكر أن القانون الإيطالي يشترط، لنفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية قبل دائني المشتري، وجوده قبل الحكم بشهر الإفلاس أو التوقف عن الدفع. Y. Chaput, op.cit., n.24.
وانظر حكم القانون الألماني، مايلي ص .

حقه ينبغي ألا يتم الإتفاق عليها بعد تسليم البضاعة. ومن ثم يكون الشرط المتفق عليه بعد التسليم غير نافذ في مواجهة جماعة الدائنين.[١]

يتضح من ذلك أن تحديد المقصود بالتسليم وتوقيته أمر يتسم بالحيوية، في هذا المقام. ونظراً لعدم وجود نص خاص لا مناص من إعمال حكم القواعد العامة. يتم تسليم البضاعة عادة بتمام وضعها مادياً في حيازة المشتري. ويتوقف تحديد لحظة التسليم الفعلية علي شروط البيع وأوضاع النقل. يختلف الامر، بطبيعة الحال، بحسب ما إذا كان البيع عند الشحن أم عند الوصول.[٢]

ولعله من الاحوط تضمين البيع كل التفصيلات الضرورية في هذا الصدد، حيث تقتضي مصلحة البائع الحرص علي أن يرتب بكل الطرق الدليل علي تاريخ وجود الشرط ولحظة تسليم البضاعة، بل ويقتضي الامر منه تسجيل الوثائق الدالة علي ذلك أو إثبات تاريخها وإن كان ذلك

---

(١) وينبغي، مع ذلك، الإشارة الي إحتمالات قيام الغش من خلال التاريخ الصوري، لذا يجوز لمأمور التفليسة تقديم الدليل علي الغش أو الخطأ بكافة طرق الإثبات.

ولعله من المناسب، في هذا المقام، الإشارة الي فرض عابر يتمثل في إقرار المشتري، بعد إتمام البيع، بإحتفاظ البائع بملكية المبيع. لا نكون أمام شرط الإحتفاظ بالملكية بالمعني الدقيق بل بصدد نقل الملكية علي سبيل الضمان. وقد يتعارض ذلك مع قاعدة حظر رهن المنقول دون التخلي عن حيازته.

Civ. 1er. 3 Mai 1973. R. crit. D. int. P. 1974.100. note Fouchard. Witz. La fiducie en droit français. thèse strasbourg 1979. P. 303. N. 154.

(2) H. Hemard. Traité théorique et pratique de droit Commercial, 1953, ch. 4.

يتعارض مع ما يجري عليه العمل في المعاملات التجارية وما تتسم به من بساطة وسرعة.

والجدير بالذكر، في هذا المقام، ان قانون ١٢ مايو ١٩٨٠، لم يتضمن، فيما يتعلق بإثبات تاريخ شرط الإحتفاظ بالملكية، نصاً خاصاً مخالفاً للقواعد العامة فى المسائل التجارية. لذا يمكن أن يتم الإثبات بكافة الطرق. فالمشرع لم يشأ اللجوء الي إجراءات شكلية معقدة فى هذا القانون علي نحو يشكل عقبة في التطبيق العملي.[١]

(د) عدم خضوع الشرط للشهر:

لا يشترط المشرع الفرنسي، لنفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية قبل الغير، إجراءات شهر معينة. يؤدي ذلك الي العديد من الصعوبات في حالة تعارض حق الغير مع حق البائع، وبصفة خاصة في حالة رصد المنقول المحتفظ بملكيته لخدمة عقار المشتري حيث يتعارض حق البائع مع حقوق الدائنين أصحاب التأمينات العينية علي هذا العقار.

نص قانون ١٢ يناير ١٩٨٠ علي بعض الإجراءات. تقضي المادة ٣ بأن البضاعة المبيعة مع الإحتفاظ بملكيتها ينبغي أن تبرز في قيد مستقل من الجانب الإيجابي لميزانية المشتري. ويجب أيضاً إبراز الحق الناجم عن هذا البيع في قيد مستقل من الجانب الإيجابي لميزانية البائع.

ان هذا الإجراء ذي الطبيعة المحاسبية يساعد في إعلام الغير بالشرط ويلقي الضوء علي الذمة المالية للمتعاقدين تفادياً للإحتجاج باليسار الظاهر

(1) J. Acquaviva et C. Bacrot, op.cit., n. 067.

للمدين، إلا أنه ليس شرطاً لنفاذ الشرط قبل دائني المشتري، أي لإسترداد المبيع من تفليسة الاخير. وليس للمشتري التمسك بعدم قيد الشرط في ميزانيته للتهرب من إسترداد البائع للبضاعة[١]. ولا يوجد ما يلزم المشتري بإحترام هذا الإجراء، حيث لم يتضمن القانون جزاءاً معيناً لمخالفته، ومن ثم فإنه لا يرمي، بداهة، الي معالجة مشكلة عدم ظهور شرط الإحتفاظ بالملكية علي مال معين[٢].

ويمكن إعلام الغير بالشرط المذكور، لضمان حقوقه وحقوق كل من البائع والمشتري، بإفراد البضاعة وتمييزها بعد طرقة مثل قيدها في سجل رسمي، كما هو الحال في القانون السويسري مثلاً. يتسم هذا الإجراء، في الواقع بالتعقيد والكلفة وثقل العبء الإداري، وقد يستتبع ذلك العزوف، عملاً، عن الشرط، وبالتالي ضعفه. ويتعارض ذلك مع الإتجاه الحديث لتقويته كما هو واضح من المشروع التمهيدي للإتفاقية الأوروبية. لذا نجد القانون الالماني أكثر بساطة حيث لا يشترط مثل هذا القيد. ولا يعني ذلك التقليل من أهمية اشهار الشرط حيث يمكن أن يؤدي خفاءه الي نتائج سيئة فيما يتعلق بحقوق المالك الدائن في مواجهة الغير حسن النية.[٣]

---

(1) Rennes, 10 Fev. 1983, D. 1984, I.R. -1-Rappr. Paris 8 nov 1984, Gaz. Pal. 1985.1.180.

(2) Y. Chaput, op.cit. n. 25.

(٣) نفس المرجع، رقم ٢٦ .

وانظر فيما يتعلق بالشهر المنظم بقوانين خاصة علي سلع معنية كالسيارات وأدوات التجهيز، مايلي ص١٧١ .

(هـ) صحة وإثبات الإتفاق على شرط الإحتفاظ بالملكية فى القانون الألمانى:

يبرز شرط الإحتفاظ بالملكية، عادة، ضمن الشروط العامة للبيوع التي يبرمها الموردون. يصبح هذا الشرط قانوناً تعاقدياً بمجرد إتفاق الأطراف، صراحة أو ضمناً، علي إخضاع العقد لتلك الشروط[1].

والجدير بالذكر أن القانون الألماني يفرق، داخل عقد البيع. بين العقد المجرد المنشئ لإلتزامات علي عاتق طرفيه مثل (إلتزام البائع بنقل الملكية وإلتزام المشتري بدفع الثمن) والعقد العيني المتضمن عملية نقل الملكية، ينعقد العقد الأول باتاً بمجرد تبادل التراضي بينما يكون العقد الثاني معلقاً علي شرط واقف هو دفع كامل الثمن[2]. بوناء عليه لا يلزم تجديد الإتفاق السابق (الخضوع للشروط العامة) عند تسليم البضاعة، أو بمعني أدق عند إبرام العقد المجرد، فالتراضي علي قيام شرط الإحتفاظ بالملكية يكون آنذاك مفترض ضمناً.

ويختلف الأمر بعض الشئ إذا لم يفصح المورد عن إحتفاظه بملكية البضاعة الا لحظة تسليمها للمشتري، كما لو تم ذلك بمقتضي إذن تسليم. يقرر القضاء، في هذه الحالة، بأن قبول المشتري، إذا كان تاجراً، للشرط يمكن أن يستشف من إلتزامه الصمت بعد أن تم لفت نظره الي وجوده. وعلي العكس من ذلك فإن هذا السكوت لا يعتد به في حالة وجود شرط الإحتفاظ بالملكية، للمرة الأولي، علي «فاتورة».

---

(١) وينبغي الإشارة الي أن المشرع يفرض بعض الضمانات الخاصة في حالة المشتري غير التاجر.
La loi du 9 déc. 1976 (AGBG).

(٢) انظر ما سبق ص ٨٥ وما يأتي ص ٢٦٤ .

وبناء عليه ينبغي أن يثبت، طبقاً للقواعد العامة، قيام شرط الإحتفاظ بالملكية قبل، أو علي الأكثر، وقت تسليم البضاعة. ويتم الإتفاق علي الشرط، غالباً، عند إبرام عقد البيع(العقد المجرد) . وإذا تم إبرام هذا العقد دون الإحتفاظ بالملكية، فإن البائع يلتزم بتسليم البضاعة، أي بنقل الملكية (العقد العيني)، ولا يستطيع ربط التسليم بقبول المشتري لهذا الشرط.

والواقع أن القواعد السابقة، سواء فيما يتعلق الشكل أو بالموضوع، مردها الي القواعد العامة في إبرام العقود. وتتسم القواعد، موضوع البحث، بعدم تضمنها لأي من إجراءات الشهر. ويتساءل الفقه في أكثر من موضع، عما إذا كان من المناسب وجود مثل هذا الإجراء لتأمين ضمان حقوق الغير، وتفادي تزاحم الدائنين، وحث المدينين علي زيادة التبصر.

ويمكن أن يتمثل إجراء الشهر في وجود سجل رسمي للتأمينات الواردة علي المنقولات دون التخلي عن حيازتها (بما في ذلك شرط الإحتفاظ بالملكية)، أو علي الأقل تدوين هذه التأمينات في وثائق خاصة بالمشروعات المعنية، كوجود سجل أو بيان خاص بالتأمينات لدي كل مشروع.

ولم تصل الإقتراحات المبداه في هذا الصدد الي غايتها بسبب ما ينطوي عليه أي إجراء للشهر من تكلفة مالية وإعباء ادارية، بالإضافة الي الشك في مدي فعالية هذا الإجراء، ويوجد، مع ذلك، نظام معين من الإيصالات، بصدد بيع السيارات، يسمح بتفادي قيام المشتري ببيع السيارة التي يحتفظ

البائع بملكيتها[١]. ويؤدي هذا النظام، في حقيقة الأمر، دوره في المجال الخاص به، إلا أنه لم يمتد العمل به الي خارج هذا المجال.[٢]

الفرع الثانى

رفع دعوى الإسترداد خلال مدة معينة

نظراً لعدم وجود نص خاص في القانون المصري، فإنه يتم تطبيق الحكم العام بصدد دعوي الإسترداد، حيث تتقادم بمضي سنة من تاريخ نشر حكم شهر الإفلاس في الصحيفة اليومية التي تعينها المحكمة.[٣]

أما في القانون الفرنسي فإنه طبقاً للمادة ٥٩ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ لا تقبل دعوي إسترداد المنقول الا خلال مدة أربعة أشهر من تاريخ نشر الحكم بفتح إجراءات التسوية القضائية أو تصفية الأموال، أي من تاريخ آخر إجراء نص عليه القانون. ان المدة المذكورة نص عليها قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ من خلال الصياغة الجديدة للمادة السابقة بعد أن كانت مدة عام. لم يكتف المشرع بذلك، بل جاء قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ (م ١١٥) ليختصر تلك المدة الي ثلاثة أشهر تبدأ من تاريخ النطق بالحكم الفاتح لإجراءات التسوية القضائية[٤]، وذلك كي يعلم المدين أو مدير التفليسة، علي وجه

---

(١) ويعرف القانون المصري مثل هذا النظام وذلك عن طريق التأشير، بخط وبلون مغاير، بحفظ ملكية السيارة علي رخصة تسييرها، وتضمين الملف الخاص بها في إدارة المرور بياناً بذلك. ومن ثم لا يجوز، عملاً نقل ملكية السيارة للغير قبل تطهيرها من شرط الإحتفاظ بالملكية.

(٢) انظر في كل ما سبق .M. Pédamon, Gaz. Pal. 1981, op.cit

(٣) م ٦٣٢ من قانون التجارة.

(4) Com. 13 fev. 1990. J.C.P., 1990. I.V. 141.

السرعة، بنوايا بائعي البضائع المحتفظ بملكيتها فيما يتعلق بإستردادها.

والجدير بالذكر أن المدة السابقة ليست خاصة بدعوي إسترداد المنقول المحتفظ بملكيته فقط، بل تنطبق علي كل دعاوي إسترداد الأموال من بين يدي «السنديك». تقتصر هذه المدة علي حالة إفلاس المشتري أي خضوعه لإجراءات جماعية، ومن ثم لا يحتج علي البائع بالمدة المذكورة في علاقته بالمشتري غير المفلس. ويستطيع البائع ممارسة دعوي إسترداد الأموال من المشتري المتقاعس عن الدفع، دون التقيد بمدة معينة طالما توافرت الشروط الأخري.[1]

ان الفيصل في قبول دعوي الإسترداد هو ثبوت تقاعس المشتري عن الوفاء بالثمن، ولا يتأتي ذلك الا بحلول ميعاد الوفاء المتفق عليه في العقد[2]. ولكن نظراً لأن الحكم بالتسوية القضائية أو بتصفية الأموال يستتبع حلول مواعيد الديون المؤجلة، فإنه يمكن رفع دعوي الإسترداد آنذاك وقبل الموعد الأصلي للوفاء بالثمن[3]. ويجوز للسنديك إيطال مفعول تلك الدعوي عن طريق تمسكه بتنفيذ عقد البيع[4]

---

(1)R.Houin, L'introduction de la Clause de reserve de propriété dans le droit français de lea faillite, J.C.P. 1980.1.2978.

(2) Roure, La résérve de propriété Rapport de synthèse à la Conférence géneral des tribunaux de Commerce, Versailles, nov. 1980.

(٣) م ٣٧ من قانون ١٧ يوليو ١٩٦٧ .

(٤) في الحالة التي يري فيها السنديك ان مصلحة جماعة الدائنين تتحقق بتنفيذ العقد، كما لو عاد ذلك التنفيذ علي التفليسة بمزايا معينة، أو كان من شأنه تجنب الحكم بالتعويض عن عدم التنفيذ وما يترتب علي دفع هذا التعويض من إنقاص أموال التفليسة. أو كان المال المراد إسترداده مرتفع القيمة، نفس الحكم في قانون التجارة المصري (م٦٣٠).

من خلال الوفاء بالثمن أو تقديم الضمانات الكافية له.[١]

والجدير بالذكر أن مدة الثلاثة أشهر هي ميعاد سقوط، يسقط بمروره الحق في مباشرة دعوي الإسترداد. ويسقط حقه في التقدم كدائن عادي بدين الثمن ضمن جماعة الدائنين اذا لم يكن قد تقدم الي التفليسة في المواعيد المقررة.[٢]

ولا يشترط في مطالبة البائع بإسترداد المبيع أن يكون مسبوقاً برفع دعوي فسخ البيع أو الإستناد الي الشرط الفاسخ لأن فتح التفليسة يؤدي الي تعطيهما[٣]. إلا أنه ينبغي أن تتمثل المطالبة في دعوي قضائية، ولا يغني عن ذلك الخطابات أياً كان عددها أو شكلها.[٤]

فقد تقدمت احدي الشركات بطلب الي السنديك لمعرفة إمكانية موافقته علي إسترداد البضاعة المحتفظ بملكيتها والتي لم يدفع المشتري ثمنها. رفض السنديك الطلب. توجهت الشركة بدعوي الإسترداد الي القضاء بعد مرور أربعة أشهر من تاريخ نشر حكم الإفلاس[٥]. رفضت المحكمة الدعوي لرفعها بعد الميعاد، الا أن محكمة الإستئناف الغت الحكم مستندة الي أن

---

(١) م ١٦١٣ مدني فرنسي وم ٣٨ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ .
Nouveau Rép. Dalloz, Faillite, réglement judiciaire, banqueroute, mise à jour 1979.

(2) Y. Chaput, op.cit. n. 34.

(3) A. Ghozi, Nature juridique et transmissibilité de la Clause de réserve de propriété, D. 1986.317.

(4) Com. 1er oct. 1985, Bul. Civ. IV. n. 221, 23 oct. 1985, Bull. Civ., IV n. 250, Paris7 jan. 1983, Gaz Pal. 1983.1.164.

(٥) وذلك قبل صدور قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ الذي جعل المدة ثلاثة أشهر (م١١٥) إنظر ما سبق ص ١٣١ .

القانون لم يشترط أي شكل محدد لمباشرة البائع لحقوقه في حالة عدم إستيفاء الثمن، ومن ثم فإن الخطاب المسجل الذى صدر عنه خلال الميعاد القانوني يعبر بوضوح عن رغبته في إسترداد البضاعة. نقضت محكمة النقض ذلك الحكم مقررة انه لا يمكن المطالبةبالإسترداد الا عن طريق الدعوي القضائية المرفوعة فى الميعاد أمام القضاء المختص. ويبقي عديم الاثر أية مطالبة أو خطاب مسجل موجه الي السنديك فى الميعاد المحدد(١). لاشك أن هذا القضاء المتشدد يتفق مع الطبيعة الإستثنائية لدعوي الإسترداد قبل جماعة الدائنين، خاصة وإن هذه الدعوي تخص البائع الذي يعد، بصفة أساسية وأولية، أحد الدائنين.(٢)

وينبغي الإشارة في النهاية الي أن قانون ١٩٨٥ (م١٢١/٢) أضاف قيداً هاماً في هذا المقام مؤداه عدم جواز إسترداد المبيع إذا تم دفع الثمن فوراً أو علي الأكثر في نهاية فترة الملاحظة الأولية، طبقاً للمدة التي يحددها مأمور التفليسة، إذا تعهد هو (أو المدين المأذون) بضمان السداد. ومن ثم يمكن الإحتفاظ بالبضاعة المحملة بشرط الإحتفاظ بالملكية إذا تم تقديم ضمان (كفالة بنكية مثلاً) لسداد الثمن. ويجوز للمأمور طلب تنفيذ عقد التوريد بعرض الوفاء بالثمن المحدد ويستخدم البضاعة في الغرض المخصصة له. ويأخذ البائع مكانه بين الدائنين الذين نشأت حقوقهم صحيحة، بعد الحكم بالإفلاس، قبل جماعة الدائنين. ينبغي الوفاء بحقه

---

(1) Com. 18 avr. 1985, Bull. Civ., n. 116, P. 100.

(2) J. Hermard et B. Bouloc, obs., R.D. Com., 1986, P. 289.

بالأولوية علي الدائنين السابقين[١]، ويكون حقه مضموناً بالضمانة التي قررت له ويستطيع، بمقتضاها، إستيفاء حقه قبل الدائنين المفضلين عليه طبقاً للقواعد العامة.[٢]

الفرع الثالث

إحتفاظ المبيع بطبيعته (بقاء البضاعة على حالتها العينية)

يشترط لقبول دعوي إسترداد البائع للمبيع في حالة عدم إستيفاء الثمن، احتفاظ هذا المبيع بطبيعته أي بقاءه علي حالته العينية[٣] وإمكانية فصله وتمييزه عن غيره[٤]. ينبغي أن تكون البضاعة المراد إستردادها هي ذاتها التي تم تسليمها للمشتري ويستوجب ذلك بقاءها علي صورتها علي نحو يسهل معه تمييزها، دون لبس أو غموض، عن غيرها من الأشياء الموجودة في حيازته.[٥]

ويبدو ذلك الإتجاه لدي المشرع المصري، كما هو واضح من نص المادة ٦٢٨، ٦٢٩ .

---

(1) Com. 19 Juin 1987. R.D. Com. 1988. Hermard, Bouloc.

(2) Ribert et Rablot, op.cit., n. 3163.

(3) Se restrouver en nature

(٤) تكشف الأعمال التحضيرية لقانون ١٢/٥/١٩٨٠، بوضوح، عن ذلك الإتجاه حيث تم رفض الإقتراح المقدم أمام مجلس الشيوخ لتطبيق القانون المذكور في حالة تحول طبيعة البضاعة المبيعة.

Senat, debats, 11 déc. 1979, J.O., P. 5326.

(٥) يعتد بالحالة العينية للبضاعة، فى حالة إفلاس المشتري، يوم النطق بحكم شهر الإفلاس.

Y. Chaput, op.cit, n. 30.

يثير هذا الموضوع عدة نقاط هي: تمييز المبيع والتعرف عليه. إندماج المنقول بالعقار أو الحاقه به، تغير الحالة العينية للبضاعة، حكم المسألة في القانون الألماني. ونعرض لتلك النقاط علي التوالي فيما يلي:

(أ) تمييز المبيع والتعرف عليه(١):

إن إسترداد البائع للمبيع من بين أموال المشتري يقتضي ضرورة تمييزه والتعرف عليه. يلقي القضاء علي المسترد عبء إثبات أن البضاعة التي باعها للمشتري مع الإحتفاظ بملكيتها هي بعينها الموجودة بين يد الأخير(٢). ويستطيع البائع أن يقيم الدليل علي ذلك بكافة طرق الإثبات. وينبغي تمام الإثبات يوم النطق بحكم شهر إفلاس المشتري.(٣)

يبدي القضاء تساهلاً واضحاً في هذا المقام، فقد قبل مثلاً إسترداد البضاعة المودعة حتي لو إختلطت بأخري تخص مودعين آخرين طالما كان الفصل بينهما ممكناً عن طريق العلامة أو النوع أو الارقام أو البيانات الأخري(٤). وتم أيضاً قبول إسترداد البضائع التي إختلطت بأخري مشتراه من نفس البائع طالما كانت كلها من نفس الطبيعة والجودة(٥). وفي المقابل رفض القضاء، في واقعة بيع دراجات، إسترداد المبيع حيث تبين للمحكمة

---

(1) L' identification des marchandises.

(2) Com. 18 Mars 1968, Bull. Civ., IV. n. 112.

بالرغم من صدور ذلك القضاء في ظل الصياغة القديمة للمادة ٦٥، إلا أنه يظل قائماً لبقاء نفس المبدأ في ظل القانون الجديد.

(3) Civ. 4fév. 1907, D.P. 1908.1.438.

(4)Enc. Dalloz, Rep. Com. Faillite (effets, droit des Créanciers) n. 1589.

(5) Civ. 4 fev. 1907, op.cit.

صعوبة التعرف عليه لأن البضاعة الموجودة بالمخزن يتم تجديدها واستبدالها بصفة مستمرة مما يصعب معه القول بأن البضاعة المراد إستردادها هي الموجودة لحظة النطق بحكم الإفلاس[1]. ولا شك أن مثل هذا القضاء يلفت الإنتباه الي الصعوبات التي تثور في هذا المقام عند مباشرة دعوي الإسترداد، خاصة وإن النشاط التجاري يتسم بالسرعة والحركة وعدم بقاء البضائع المبيعة، ذاتها علي حالتها العينية.

تزداد أهمية مسألة تعيين البضاعة المبيعة، مع الإحتفاظ بملكيتها، بصفة خاصة، في حالة الأشياء المثلية. لا تثور صعوبة، في هذا الصدد، في حالة ما إذا كانت البضاعة المراد إستردادها مرقمة أو تحمل علامات محددة. بل أن القضاء يقبل دعوي إسترداد الأشياء المثلية، ولو كانت غير مميزة، طالما قام الدليل القطعي علي أنها تخص المسترد. مثال ذلك السماح بإسترداد البضاعة الموجودة في مخزن المشتري المفلس حيث ثبت أن الكمية الموجودة هي آخر ما تم توريده اليه من طالب الإسترداد، ولم تصل أي كميات أخري بعد ذلك. يتعلق الامر بعملية توريد كمية كبيرة من الوقود طلب المورد إستردادها أثر النطق بالحكم بتصفية أموال المشتري. رفض السنديك الطلب إستناداً الي أن الأشياء المعينة بذاتها هي وحدها التي يجوز إستردادها حيث من الممكن التعرف عليها. رفضت محكمة الموضوع هذا القول مقررة أنه لم يتم تسليم أي كمية أخري من الوقود ومن ثم فهو لم يندمج بأي وقود آخر. أيدت محكمة النقض هذا القضاء مقررة أن من سلطة قاضي الموضوع تقدير مدي بقاء البضاعة، ولو كانت مثلية، متميزة وعلي

---

(1) Com., 8oct. 1963, Bull. Civ. 111, n. 399.

حالتها العينية لدي المشتري يوم الحكم بشهر الإفلاس، فليس هناك نص يحظر ممارسة دعوي الإسترداد بصدد البضائع المتشابهة طالما كان من الممكن التعرف علي البضائع الموجودة لدي المشتري والتأكد من أنها هي التي إشتراها من طالب الإسترداد. وتلك مسألة واقع يختص بتقديرها قاضي الموضوع.[1]

وفي واقعة أخري إستند البائع الي «الفواتير وقائمة الجرد التي أعدها السنديك لكل البضائع الموجودة لدي المفلس، اثر فتح إجراءات التفليسة، وأنه كان المورد الوحيد للمشتري المفلس، وان كل البضاعة الموجودة لديه خاضعة لشرط الإحتفاظ بالملكية، ومن ثم فهو ليس بحاجة الي إثبات كافة مفردات البضاعة، التي لم يتم دفع ثمنها، والمراد إستردادها، خاصة وأننا بصدد مفردات متطابقة التصنيع. رفضت المحكمة دعوي الإسترداد مؤكدة ان مجرد التقارب بين الفواتير وقائمة الجرد لا يكفي لتمييز البضاعة المراد إستردادها حتي ولو كان البائع هو المورد الوحيد للمدين[2]. ويكشف هذا القضاء المتشدد، في الجانب الاخر، عن فكرة الطبيعة الإستثنائية لدعوي الإسترداد في حالة إفلاس المدين حيث ينبغي لقبولها التيقن من توافر الشروط التي يقتضيها النص.[3]

---

(1) Com. 3 juin 1986, D. 1988, Somm. 10 obs. F. Derrida, R.D. Com., 1987, P. 568, obs. B. Bouloc.

(2) Com., 16 et 23 oct. 1990, Bull. Civ.IV, 239 et 246.

(3) B. Bouloc. obs., R.D. Com., 1991, P. 435.

تكمن الصعوبة، في الواقع، في حالة اختلاط البضاعة المراد إستردادها بأخري مماثلة قام بتوريدها نفس البائع وإستوفي ثمنها أو بأخري قام بتوريدها بائع آخر[١].

يمكن الإستعانة، في هذا المقام بمحضر الجرد التفصيلي، للبضائع الموجودة لدي المفلس الذي يلتزم السنديك بإعداده [٢]. ويجوز لطالب الإسترداد اللجوء الي القضاء المستعجل لتعيين خبير يقوم بعملية الجرد[٣]. لا يعطي القضاء لمحضر الجرد المذكور حجية مطلقة، حيث رفض قاضي الموضوع دعوي الإسترداد إستناداً الي عدم وضوح محضر الجرد بصدد بيان ما إذا كانت البضاعة الموجودة لدي المشتري المفلس هي تلك التي يحتفظ البائع بملكيتها. نقضت محكمة النقض الحكم لانه لم يبحث ما إذا كان سبب عدم وضوح المحضر راجعاً الي طبيعة البضاعة ذاتها أم عدم كفاية البيانات الواردة فيه. فإذا تبين ان استحالة تمييز البضاعة أمر راجع الي تقصير السنديك، اما لأنه لم يقم بالجرد أصلاً أو لأنه قام به علي نحو قاصر، فلا ينبغي أن يضار البائع من جراء ذلك، برفض دعواه في الإسترداد وفقد حقوقه علي البضاعة [٤]. ولا يكفي، من ناحية أخري، أن

(1) F. Pérochon, obs. D. 1990, Somm. 91-G. Virassamy, note, D.1991.130.

(2) Com. 29 mars 1989, D. 1989. IR. 131-6mai 1987, D. 1988. Som. 9 obs. F. Derrida.

(3) Com. 8 mars 1988, Bull. Civ. IV. n. 98.

(4) Com. 29 mars 1989, Bull. Civ. IV, n. 105-25 avr. 1989, Ibid, n. 135-5 Juill. 1988, Ibid, m 230.

A. Perdriau, La responsabilité Civile des mandataires de justice dans les precédures Collectives, J.C.P., é. E, 1989. 11. 15547.

ترد البضاعة المراد استردادها بمحضر الجرد بل ينبغي علي البائع أن يقيم الدليل علي أن تلك البضاعة هي بعينها المحتفظة بملكيتها ولم يتم الوفاء بثمنها[١].

وتفادياً للصعوبات السابقة تفتق العمل عن وجودإتفاق صريح[٢] بين البائع والمشتري يقضي بأن البضاعة الموجودة في حيازة الاخير يفترض في أي وقت بأنها تلك التي تخص البائع ولم يتم الوفاء بثمنها، ومن ثم يحق له إستردادها. يتجسد هذا الإتفاق، غالباً، في صورة شرط ضمن بنود العقد. ويؤدي الي قيام قرينة لصالح البائع تقيه مشقة إثبات ان البضاعة الموجودة لدي المشتري المفلس هي بعينها التي اشتراها من البائع دون دفع ثمنها. ثمار التساؤل عن مدي مشروعية الإتفاق المذكور.

عرض الآمر علي القضاء بصدد واقعة كان من العسير فيها، عملاً، تمييز البضاعة المراد إستردادها. قضت محكمة الموضوع بالإسترداد إستناداً الي الشرط الوارد بالعقد مقيماً قرينة لصالح البائع تعفيه من عبء الإثبات.[٣]

رفضت محكمة النقض صراحة هذا الإتجاه وقررت بطلان الشرط المذكور، حيث لا يجوز قبول دعوي الإسترداد الا بعد إثبات أن البضاعة الموجودة في حيازة المشتري هي تلك التي وردها البائع ولم يتم الوفاء

---

(1) Com. 2 mai 1989, Bull. Civ. IV, n. 142.

(2) G. Virassamy, note sous Com. 9 Jan. 1990, D. 1991, P. 130.

(3) Rennes, 10 fév. 1983, Gaz.Pal 1983.1.161, note Garcin et Thieffry-Montpellier, 18 fév. 1988, Petites Affiches, 5 fév. 1990, P. 14 note F. Pérochon.

بثمنها. ويتعلق الامر بالنظام العام ومن ثم لا يجوز للأفراد الإتفاق علي ما يخالفه.[١]

لاشك في أهمية اقتضاء محكمة النقض حتمية اثبات الامر السابق نظراً لأن دعوي الإسترداد، بوصفها تعبير عن الملكية كحق عيني، لا ينبغي أن تقوم الا علي ذات الشئ المملوك للمسترد[٢]. ويؤدي اقرار إتفاق الأطراف السابق، الي المساس، من الناحية العملية، بمبدأ المساواة بين الدائنين العاديين، حيث يمكن للبائع، بمقتضي القرينة التي يقيمها الإتفاق لصالحه، إسترداد كل البضاعة الموجودة لدي المشتري المفلس حتي ولو كانت مدفوعة الثمن أو كانت مشابهة لبضاعته[٣]. ويصبح البائع الإئتماني، في هذه الحالة، في مركز متميز عن سائر دائني المشتري السابق، مما يخل بمبدأ المساواة فيما بينهم، وهو مبدأ متعلق بالنظام العام.[٤]

لم تكن تلك الإعتبارات خافية، بطبيعة الحال، علي قضاة الموضوع عندما أقروا اعمال الإتفاق الذي أبطلته محكمة النقض، فمثل هذا الإتفاق

---

(1) Com. 9 Jan. 1990, Bull. Civ. IV, n. 8.

(2)F. Pérochon, La réserve de propriété dans la Vente de meubles Corporels, thèse, Litec, 1988, P. 199, n. 214.

(٣) نفس الموضع.

(4) Mouly, Procédures Collectives: assainir le régime des sûretés, Etudes. R. Rablot, P. 533, n. 5 et s.
M.J. Reymond de genile, Le principe de l' égalité entre les Créanciers chirographaires et la loi du 13 Juill. 1967, thèse, Sirey, 1973.

يتعلق، لديهم بعبء الإثبات فقط، ولا يشكل بذاته مساساً بمبدأ المساواة بين الدائنين. وإن كانت النتائج التي تترتب علي اعماله تؤدي بالضرورة، الي الإخلال بذلك المبدأ. وهذا ما وقفت عنده محكمة النقض وأسست عليه قضاءها ولو تعارض ذلك مع مبدأ الحرية التعاقدية وسلطان الإرادة.(١)

ولا ينبغي في هذا المقام، أن نغفل مشروعية حرص البائع علي الحفاظ علي حقوقه من خلال تفادي الصعوبات الناشئة عن إثبات شروط إعمال دعوي الإسترداد، خاصة فيما يتعلق بإثبات الحالة العينية للبضاعة المراد إستردادها وتمييزها عن غيرها. يؤدي ذلك الحرص الي تفتق العمل عن كثير من الممارسات والشروط التي من شأنها مفاداة البائع العقبات التي قد تواجهه عند إعمال حقه.

ويكشف موقف محكمة النقض السابق عن تشددها الواضح في هذا المقام إزاء نظرتها للطبيعة الإستثنائية لشرط الإحتفاظ بالملكية، ويعرب ذلك الموقف عن إتجاهها بالضرورة في المستقبل، الي الحد أو إبطال تلك الإتفاقات أو الممارسات التي من شأنها تسهيل اعمال شرط الإحتفاظ بالملكية أو إخراج البضاعة من الضمان العام للدائنين(٢). ومن الأمثلة علي

(1) R. Houin. L' introduction de réserve de propriété dans le droit français de la faillite J.C.P. 1980. 1.2978, n. 13.

(2) F. Pérocon, obs. D. 1990, P. 91.

ذلك إتفاق الأطراف علي تحديد المقصود بالحالة العينية للبضاعة، أو المقصود بقبول المشتري للشرط.[١]

(ب) إندماج المنقول المبيع بالعقار أو إلحاقه به،

هل يمكن أن يصبح المنقول، الذي يحتفظ البائع بملكيته الي حين إستيفاء الثمن، عقاراً بالتخصيص إذا وضعه المشتري في عقار يملكه بقصد رصده لخدمة هذا العقار أو إستغلاله؟ وما هو تأثير ذلك علي دعوي الإسترداد المخولة للبائع في حالة عدم الوفاء بالثمن؟

لا شك أن للتساؤل أهميته حيث تتوقف عليه فعالية شرط الإحتفاظ بالملكية، إذ ترتبط تلك الفعالية بمدي إمكانية إسترداد البائع للمنقول الذي لم يستوف ثمنه. ويشترط لممارسة دعوي الإسترداد أن يكون المبيع منقولاً وليس عقاراً، وأن يظل محتفظاً بحالته العينية، وان يسهل فصله وتمييزه عن غيره، أي أنه ينبغي أن تظل البضاعة علي حالتها الأولية دون تحويل أو تصنيع، وان تظل مستقلة لم يتم إدماجها في عقار.[٢]

الواقع أنه بتأمل المادة ٥٢٤ مدني فرنسي نجد أنها تشترط، كي يصبح المنقول عقاراً بالتخصيص، أن يكون مملوكاً لنفس المالك الذي رصده لخدمة عقاره وإستغلاله[٣]. ومن ثم يجب أن يكون رصد المنقول لهذا

(١) انظر تطبيقاً للصعوبات التي تثيرها اعمال تلك المسائل مما يدفع الأطراف الي محاولة تفاديها.

Com. 7 Juin 1988, Bull. Civ. IV, n. 193-6 mars 1990, Ibid, n. 73, n. 66.

(2) Ripert et rablot, droit Commerical, 11, n. 3161- sionne, traites des procédures Collectives, n.905.

(٣) نفس المعني في المادة ٢/٨٢ مدني مصري.

الغرض قد تم بمعرفة المالك نفسه، وأن يكون العقار والمنقول المرصود علي خدمته أو إستغلاله في ملك شخص واحد.(١)

وحيث أن المنقول موضوع البحث إشتراه مالك العقار بعقد تم تعليق إنتقال الملكية فيه علي الوفاء بكامل الثمن، فإنه لا يصبح مالكاً لهذا المنقول الا بعد الوفاء بالثمن، ومن ثم لا يمكن أن يكتسب المنقول صفة العقار بالتخصيص قبل سداد الثمن، بل يظل محتفظاً بصفته ويعامل علي هذا الأساس ولو تم رصده لخدمة العقار أو إستغلاله. وعلي ذلك يجوز للبائع إسترداده في حالة عدم إستيفاء الثمن.(٢)

ولكن الصعوبة تثور في حالة ما إذا كان هذا المنقول قد إرتبط بالعقار بمادة لاصقة علي نحو دائم يصعب معها فصله دون كسر أو إتلاف. يرفض القضاء دعوي الإسترداد، في هذه الحالة ليس فقط لأن المنقول لم يصبح عقاراً بالتخصيص كما رأيناً، بل لتغير حالته العينية من خلال إدماجه ضمن شئ آخر، وذلك شرط جوهري لقبول تلك الدعوي.(٣)

ففي واقعة تتعلق بمادة خاصة بتجفيف عجينة الورق، ثم تثبيتها ضمن خط التصنيع المعد لذلك بالمصنع. طلب المورد إسترداد تلك المادة، المحتفظ بملكيتها، من المشتري المفلس، ذلك أنها لم تصبح عقاراً ويمكن فصلها عن المصنع، رفت محكمة الموضوع ذلك الطلب لأن عملية الفصل

(1) Enc. Dalloz, Rep. Civ. Biens, n. 119 et la juris prudence Citée.

(2) J. Acquaviva et C. Bacrop, op.cit, n. 046.

(3) Com. 10 juill. 1990, Bull. Civ. IV, n. 206-R. D. Com., 1991, P.285 obs. B. Bouloc.

com. 6 jan. 1987, R.D. Banc. 1987. 101 note Defossez.

تتطلب ثمناً باهظاً في الوقت والتكلفة وتؤدي الي تدهور قيمة الجهاز بالكامل وتوقف سير خط التصنيع. طعن طالب الإسترداد بالنقض علي الحكم المذكور مستنداً الي أنه شوه طبيعة شرط الإحتفاظ بالملكية، وأنه يستحيل إدماج منقولات لا يملكها المشتري في العقار، وأنه يخالف إتفاق الأطراف علي إمكان إسترداد المنقول طالما كان من الممكن فصله عن العقار. أيدت محكمة النقض الحكم المستأنف لأن المادة المراد إستردادها إرتبطت بعناصر عقارية في المصنع أقيمت خصيصاً لها، وتكون بذلك قد إندمجت بالعقار وفقدت طبيعتها العينية ومن ثم لا يجوز إستردادها.(١)

(جـ) تغير الحالة العينية للبضاعة :

ان بقاء البضاعة المحتفظ بملكيتها علي حالتها العينية شرط ضروري لقبول دعوي إستردادها من قبل البائع في حالة عدم إستيفاء الثمن. لا تقبل دعوي إسترداد البضاعة التي تم تحويلها أو إدماجها(٢) ضمن مواد أخري، كما لو تعلق الامر بأخشاب تحولت الي أثاث أو مواد بناء إستخدمت في التشييد أو أقمشة تحولت الي ملابس أو أصواف نسجت الي معاطف(٣) أو قطع غيار الحقت ضمن آلات ومعدات معينة(٤).

---

(1) Com. 6 Jan. 1987, Bull. Civ. IV. n. R.D. Com. 1988, P. 119, obs. B. Bouloc.

(2) Transformé ou incorporé.

(3) T.Cim. Nice, 27 oct. 1980, D. 1981, IR. 9obs. Derrida.

(4) Rép. Com., 2eme éd., V. failiite, Effets, droit des Créanciers, n. 1583 et s.

يستقر قضاء النقض علي أنه يدخل في سلطة محكمة الموضوع تقدير ما إذا كانت البضائع المسلمة للمشتري لم يتم تحويلها أو إدماجها ضمن مواد أخري، ولا تزال عي حالتها العينية وقت الحكم بشهر افلاسه. وهو الوقت الذي يعتد به للتعرف علي البضاعة المراد استردادها. ويقع عبء إثبات ذلك علي عاتق طالب الإسترداد، ويمكنه الإستعانة، في هذا المقام، بكافة طرق الإثبات.[1]

يسهل، في الغالب، تحديد مدي بقاء البضاعة علي حالتها العينية، إلا أنه، في بعض الأحيان، تثور صعوبات جمة في هذا الصدد. عرض الأمر بصدد «بطاريات كهربائية» تسلمها المصنع وإستخدمها في تشغيل آلات معينة. رفضت محكمة الإستئناف استرداد البضاعة لتغير حالتها العينية، فهي بوضعها في الآلات تكون قد إستخدمت وفقدت بالتدريج شحنتها ولم تعد في حالتها الجديدة. نقضت محكمة النقض الحكم مقررة أن المشرع يعتد فقط بتحول البضاعة بفعل الانسان وليس بتناقص أو تدهور قيمتها المادية، ومن ثم فإنه يجوز إسترداد البطاريات طالما كان من الممكن فصلها عـن الآلات[2]. وفي واقعة أخري تعلق الامر بآلة تم تثبيتها في الأرض بأدوات معينة ومادة صلبة. أيدت محكمة النقض الحكم القاضي بإسترداد

(1) Com. 12 déc. 1984 (2 arrêts), Bull, Civ. IV, n. 347 et 348. Rep.Com.. op.cot.

(2) Com.. 29 Jan. 1991, Bull. Civ. IV, n.47.

وانظر في جواز إسترداد «إطارات عجل السيارات Pneumatiques رغم تركيبها Com. 18 juill. 1989, R.d. Banc. 1990.51.

الآلة رغم إندماجها في العقار ذلك أن تثبيتها لا يتعارض مع إمكانية فصلها ونزعها من الأرض المثبتة عليها.(١)

وفي الإتجاه المقابل إعتبرت محكمة النقض ان الحاق آلة التجفيف بالعناصر العقارية للمصنع يعد إدماجاً لها بالعقار، وتفقد حالتها العينية، ولا يجوز للبائع إستردادها(٢). ونفس الحكم بالنسبة للأدوات التي تدخل في تكملة خط إنتاج المصنع حيث تصبح جزءاً لا يتجزء منه وتندمج بالتالي في العقار، ذلك أنه قد تم تثبيتها بأحكام في أماكن متعددة من المنشآت وفقدت بالتالي حالتها العينية.(٣)

(د) بقاء المبيع، المحتفظ بملكيته على طبيعته فى القانون الألمانى:

ينبغي التفرقة، في القانون الألماني، بين نوعين من شرط الإحتفاظ بالملكية: شرط الإحتفاظ بالملكية البسيط، وشرط الإحتفاظ بالملكية الممتد.

أما عن الشرط الأول فهو الصورة المعروفة في القانون الفرنسي، وتنطبق عليه نفس الاحكام تقريباً. ويبدو ذلك بوضوح من الاعمال التحضيرية لقانون ١٢ يناير ١٩٨٠ الفرنسي، حيث قرر واضعوه صراحة أن مجال اعماله يقتصر علي شرط الإحتفاظ بالملكية البسيط(٤).

(1) Com. 12 fév. 1991, Bull. Civ. IV, n. 69.
(2) Com. 6 jan. 1987, op.cot.
(3) Com., 10 juill. 1990, op.cit.
(٤) حيث تقدم M. Cherioux ، أمام مجلس الشيوخ، بطلب تعديل مشروع قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ بهدف مد نطاق تطبيقه الي الشروط التي تمد الاحتفاظ بالملكية الي حالة تحول البضائع المبيعة. تم سحب الطلب بناء علي رأي لجنة القوانين التي حددت أن المشروع ينبغي تطبيقه فقط علي الشروط البسيطة للإحتفاظ بالملكية.
Sénat, débats, 11 déc. 1979, J.O., P. 5326.

يقتصر البائع، في هذه الحالة، علي مجرد النص علي الإحتفاظ بملكية المبيع لحين إستيفاء الثمن. يفقد هذا الشرط فعاليته وقيمته اذا تعلق الامر ببضاعة مخصصة للإستهلاك مباشرة بمجرد الحصول عليها أو ببضاعة مسلمة لصانع ليقوم بتصنيعها ويتم بالتالي تحويلها أو ادماجها ضمن مواد أخري، أو ببضاعة مسلمة لتاجر لإعادة بيعها. ويترتب علي كل ذلك عدم أحقية البائع في إسترداد البضاعة التي فقدت حالتها العينية، في حالة عدم استيفاء الثمن. إذ ينقضي شرط الإحتفاظ بالملكية بسبب واقعة تحول البضاعة سواء في القانون الفرنسي، كما رأينا[1]، أو في القانون الألماني[2].

لذا يجري العمل في القانون الألماني، علي قصر شرط الإحتفاظ بالملكية البسيط علي المنقولات الثابتة أو المعمرة كالأجهزة الكهربائية والآلات والتجهيزات التي تخصص للإستخدام بذاتها دون تحويل أو إدماج. أما بالنسبة للمنقولات الأخري المعدة للإستغلال والتداول التجاري، سواء بذاتها أو بعد تحويلها أو إدماجها أو تصنيعها، فتخضع لشرط الإحتفاظ بالملكية الممتد.[3]

---

(١) انظر ما سبق ص ١٤٣ .

(٢) حيث تقضى المادة 950BGB $ بأن «كل من ينتج، من خلال تحويل أو تصنيع مادة أو عدة مواد، شيئاً منقولاً جديداً، يكتسب ملكيته، ما لم تقل قيمة التحويل، أو التصنيع، بصورة ملحوظة، عن قيمة المواد المستخدمة... يؤدي إكتساب الملكية علي الشئ الجديد الي إنقضاء الحقوق الواردة علي المواد المستخدمة».

(3) Stumpf, op.cit.

كان من الضروري التوفيق بين مصلحة المشتري في إستغلال المبيع، ومصلحة الإقتصاد في تشجيع النشاط الصناعي والتداول التجاري، ومصلحة البائع في ضمان استيفاء الثمن وتشجيعه علي منع الإئتمان. تفتق العمل، منذ أكثر من خمسين عاماً، عن ظهور الكثير من الصور المختلفة لشرط الإحتفاظ بالملكية، التي أقرها القضاء الألماني في العديد من أحكامه[١]. أصبح أمام الموردين العديد من الصياغات للشرط المذكور يمكنهم إختيار ما يتفق منها والمصالح المشتركة للأطراف.[٢]

يهمنا، في هذا المقام، صورة معينة هي «شرط التحول» الذي يلقي نجاحاً كبيراً في عالم الاعمال. يواجه الشرط، عملاً، حالة المشتري الصانع أو الحرفي الذي يقوم بعمل وتصنيع وتحويل المواد الأولية ونصف المصنعة، التي يشتريها، الي مواد كاملة التصنيع أو أكثر إعداداً. هنا يمتد شرط الإحتفاظ بالملكية الي المواد الجديدة الناتجة عن تحويل البضاعة الاصلية. وينتقل ضمان المورد الي تلك المواد. يثور التساؤل، في الواقع، عن الصورة التي يمكن اللجوء اليها في صياغة الشرط المذكور للوصول الي تلك النتيجة. يكشف العمل عن صور ثلاث[٣]:

تتمثل الصياغة الأولي في إتفاق الأطراف علي أن يكون تحويل البضاعة لحساب البائع المحتفظ بملكيتها أي المورد، حيث يعد، في هذا الحالة بمثابة الصانع. وينطبق عليه حكم المادة ٩٥٠[٤]. ينتقل شرط

---

(١) نفس المرجع. M. Pédamon, op.cit.

(٢) انظر في هذا الصياغات للشرط مايلي ص ١٩٠ .

(٣) المرجع السابق.

(٤) انظر ما سبق ١٤٦ هامش ٢ .

الإحتفاظ بالملكية، آنذاك، من المواد الأولية أو نصف المصنعة التي كانت محملة به، الي المواد جديدة الصنع. ونوجد، في هذا الصدد، أمام ظاهرة الحلول العينى بالمعني التقليدي.

وتتمثل الصياغة الثانية في الإتفاق صراحة علي إستبعاد آثار المادة ٩٥٠، أي أن المشتري، الذي يقوم بتحويل أو تصنيع البضاعة التي يحتفظ البائع بملكيتها، لا يكتسب ملكية الشئ المحول أو المصنع، ويظل، بالتالي مملوكاً لمالك المواد المستخدمة فيه.

وتتمثل الصياغة الثالثة، أخيراً، في الإتفاق علي أن تكون المنتجات الجديدة، بحسب المآل، محلاً لنقل الملكية علي سبيل الضمان لصالح المورد، ويكون ذلك عن طريق وضع اليد بالإنابة[1]، أي أن هذه المنتجات تنتقل ملكيتها، مسبقاً، للمورد علي سبيل الضمان. ويبدي الفقه، في مجموعة، تأييداً كبيراً لتلك الصياغة التي لا تؤدي الي نقل الملكية علي سبيل الضمان الا بطريق غير مباشر، بعد التملك المسبق عن طريق المشتري الصانع. ولكن الصياغة الأولي هي الأكثر شيوعاً وتم اقرارها من قبل القضاة في أكثر من مرة.

يثور التساؤل حول الفرض الذي يقوم الصانع أو الحرفي بإستخدام أموال أو بضائع، حصل عليها من عدة موردين في إنتاج المواد الجديدة. يجوز، فى هذه الحالة، لكل مورد أن يشترط بأنه يصبح شريكاً في ملكية المواد الجديدة المصنعة وذلك بنسبة قيمة ما ورده من مواد مقارنة بما ورده

(1) Constitut possessoire.

الآخـرون. وتوجـد شـروط مماثلة تؤدي الي نفس النتـيـجـة، أي الملكيـة المشتركة بين الموردين، في حالة الاموال أو البضائع المسلمة بقصد مزجها كالسوائل أو الغازات، أو خلطها كالحبوب والفحم.[1]

ولتوقي أي لبس أو غموض أو مشاكل فيما يتعلق بحصة كل مورد في ملكيـة المنتجـات الجديدة يبدو من الضروري تنظيم نوع من الملكيـة علي الشيـوع. وتتـحـدد حـصـة المورد بنسبـة قـيمة البـضـاعـة التي وردها مع الإحتـفـاظ بملكيتـهـا، الي قـيمة المنتج النـهـائي. ويمكن الإتفـاق علي طرق أخري لتحديد تلك الحصة. وأياً ما كـان الامر، فإنه يجب التأكيد ان الإتفاق علي مـد الإحتـفـاظ بـالملكيـة الي المنتـجـات المصنعة أو المركـبة من مـواد يحتفظ الموردون بملكيتها، يجب أن يكون واضحـاً ويحدد حصة المورد في ملكيـة المنتج علي الشيـوع. يجب ان يسمح الإتـفـاق، علي الأقل، بالتـحـديد الدقيق لهذه الحصة، وإلا كان باطلاً[2]

(1) M. Pédamon, op.cit.

(2) Gérad Meissner, L'opposabilité de la propritété, Gaz. Pal. du 27 juin1972, P.369.

المطلب الثانى

أحكام دعوى الإسترداد

نعـرض لكل من الجـانب الإجـرائي في دعـوي الإسـتـرداد والجـانب الموضوعي المتمثل في آثارها.

الفرع الأول

اجراءات دعوى الإسترداد

تخضع دعوي الإسترداد، كقاعدة عامة، لنفس الاجراءات والضوابط التي تخضع لها الدعاوي الأخري، ولعل ما يستوجب الاشارة، في هذا المجال، هو كل من اهلية الخصوم من جهة، والإختصاص بنظر الدعوي من جهة أخري.

(أ) أهلية الخصوم:

ان أهلية الخصوم في دعوي الإسترداد لا تستوجب حديثاً منفرداً عن حكم القواعد العامة فيما يتعلق بالأهلية والتمثيل القانوني. ويلزم توافر أهلية الأداء فيمن يبرم التصرف المتضمن شرط الإحتفاظ بالملكية[1] يغلب أن تتوافر في هذا التصرف صفة العمل التجاري ومن ثم تنطبق عليه القواعد الخاصة بالأهلية التجارية.

يستلزم الحكم بشهر الإفلاس، بمجرد صدوره، رفع يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها. ويتولي السنديك ذلك تمهيداً لبيعها وتوزيع ثمنها

---

(1) J. Acquaviva et C. Bacrot, op.cit., n. 069, 070.

بين الدائنين قسمة غرماء[١] . يثور التساؤل، في هذا المقام، عن حكم التصرف الذي يبرمه السنديك للحصول علي بضائع لازمة لإستغلال أموال المفلس إذا تضمن هذا التصرف شرط الإحتفاظ بالملكية.

لا شك في صحة التصرف المذكور طالما تم إبرامه بواسطة السنديك المأذون له بالإستمرار في تجارة المفلس[٢] . ولما كان السنديك، في هذا التصرف، ينوب عن جماعة الدائنين كشخص معنوي، فإن آثاره تنصرف الي التفليسة. ويصبح البائع دائناً للجماعة التي تلتزم قبله بكل ما يترتب علي البيع من إلتزامات وأهمها الوفاء بكامل الثمن. ويتم إعمال شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الجماعة طبقاً للقواعد العامة.[٣]

(ب) الإختصاص بنظر دعوى الإسترداد:

يجوز للبائع التوجه الي السنديك بطلب إسترداد البضائع المحتفظ بملكيتها والتي لم يتم الوفاء بثمنها. ولا يغني هذا الطلب عن وجوب رفع دعوي الإسترداد أمام المحكمة المختصة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ النطق بالحكم بفتح التفليسة، وذلك في القانون الفرنسي، وإلاسقط حقه في الإسترداد. ولا يغني عن تلك الدعوي أية مطالبة أو خطابات مسجلة توجه الي السنديك في هذا الخصوص.[٤] ويثور التساؤل، في فرنسا، عن المحكمة المختصة بدعوي الإسترداد.[٥]

---

(١) م٥٧٣، ٥٨٩ تجاري مصري، ٤٤٣ تجاري فرنسي، ١٤ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ فرنسي.
(٢) انظر فيما يتعلق بجواز الإستمرار في تجارة المفلس م ٦٤٥ تجاري مصري.
Ripert, Durant et Roblot, op.cit. P. 408, 430.
(3) J. Acquaviva et C. Bacrot, op. cit.
(4) Com. 18 avr. 1985, Bull. Civ., IV. n. 116.
(5) M. Calendini, la juridiction compétente pour connaître d'une revendication reposant sur une Clause de reserve de proprété,
=/=

ذهب البعض الي أنه ينبغي علي البائع التوجه بطلب الإسترداد الي مأمور أو قاضي التفليسة خلال مدة الثلاثة أشهر السابقة، حيث يكون له، كسلطة قضائية، بعد التحقق من توافر الشروط، أن يأمر برد البضاعة الي المورد المحتفظ بملكيتها. وإذا رفض المأمور أو تأخر عن إجابة طلب الإسترداد، خلال معدة معقولة، كان للبائع التوجه الي المحكمة المختصة بنظر افلاس المشتري، ومن ثم فإن تلك المحكمة لا تنظر دعوي الإسترداد بداءة بل تنظرها فقط من قبيل الطعن علي الامر الصادر من مأمور التفليسة.[1]

رفضت محكمة النقض هذا الإتجاه مقررة أنه لا يوجد في القانون ما يمنع المحكمة التي تنظر الإفلاس من نظر دعوي الإسترداد. ومن ثم فإن الإختصاص بنظر تلك الدعوي ينعقد لكل من مأمور التفليسة ومحكمة الإفلاس، ويكون المدعي بالخيار بينهما[2]. ويقبل الحكم الصادر من

= Petites Affiches, 21 oct. 1983.

لا تثور صعوبة في مصر حيث تختص محكمة شهر الإفلاس بنظر جميع الدعاوي الناشئة عن التفليسة، وهي المحكمة الإبتدائية التي يقع في دائرتها موطن تجاري للمدين، وإلا فمحل إقامته المعتادة (م٥٥٩، ٥٦٠ تجاري).

(1) Y. Chaput, Droit de redressement et de liquidation juridiciaires, 2 eme éd, n. 368 et la juris pruidense Cité.

(2) Com.3 mars 1987, Bull. Civ. IV. n. 59-14 juin, 1988, Bull. Civ., IV, n.205.

ولم يغير التشريع الحديث من موقف المحكمة في ظل القانون السابق ١٣ يوليو ١٩٦٧، بل ان الحكم الأخير قد إستند صراحة الي كل من المادة ٢/١٧٣ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥، م١٧٤ من Decret ٢٧ ديسمبر ١٩٨٥، أنظر في ذلك:
B. Bouloc, obs., R.D. Com. 1991, P. 284.

محكمة الإفلاس الطعن عليه بالمعارضة والإستئناف والنقض، سواء كان الحكم المطعون فيه قد صدر منها بداءة أو بناء على تظلم من الامر الصادر من مأمور التفليسة.[1]

الفرع الثانى

آثار دعوى الإسترداد

اذا توافرت شروط دعوي الإسترداد حكم القاضي برد البضاعة التي لم يمز الوفاء بثمنها الي البائع بإعتباره مالكاً إحتفظ بملكيتها، رغم التصرف فيها، من خلال شرط الإحتفاظ بالملكية.

(أ) عدم تجزئة دعوى الإسترداد :

ولا تقبل دعوي الإسترداد، بطبيعتها التجزئة حيث تمارس بالنسبة لكل البضاعة ولو كان المتبقي للبائع جزءاً من الثمن فقط، ذلك أن محل هذه الدعوي كوسيلة من وسائل الضمان هو حق الملكية الذى يرد علي الشئ ذاته. ومن ثم فهو لا يتجزأ[2].

وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ صراحة بصدد صفقة بيع سيارتين. أفلس المشتري بعد الوفاء بجزء من الثمن. أجابت المحكمة طلب

---

(1) Y. Chaput, op.cit.

(2) Zampou, La réserve de propriété dans les Ventes à Crédit. Contribution à la garantie du Crédit mobilier, Strasbourg, 1984, P. 12.

M. Cabrillac, Les accessoires de la Créance, Mélange Weill, 1983, P. 107 et spéc. P. 111 à 115.

البائع إسترداد السيارتين ورفضت الدفع بالتجزئة. نظراً لأن موضوع الإسترداد هو شئ معين بالذات، ومن ثم فإن الإلتزام بالرد غير قابل للتجزئة.(١)

ولعل في ذلك مكمن قوة شرط الإحتفاظ بالملكية الذي تتأكد فعاليته من خلال الدعوي المذكورة، حيث يؤكد القضاء من جهة أخري عموم تطبيقها. فالبائع يستطيع المطالبة بإسترداد البضائع التي لم يستوف كل ثمنها من المشتري المتقاعس عن الدفع أو الموضوع تحت التسوية قضائية أو تصفية الأموال. ويستوي في ذلك أن يكون المال موضوع الدعوي بضاعة مستهلكة أو تجهيزات مهنية. ويستوي أن يكون البائع طالب الإسترداد دائناً عادياً أو دائناً يحظي بتأمينات خاصة.(٢) ويضمن البائع بذلك إستيفاء حقه كاملاً دون التعرض لمزاحمة باقي دائني المشتري المفلس.

وقد يبدو ميسوراً أعمال آثار دعوي الإسترداد علي النحو السابق إلا أنه يثير، من الناحية الواقعية، العديد من المشاكل؛ حيث يثور التساؤل بصدد تأثير الإسترداد علي العقد القائم بين البائع والمشتري، ودور الشرط الفاسخ الصريح الذي قد يوجد في العقد، ومصير الجزء من الثمن الذي تقاضاه البائع، ودور الشرط الجزائي المنصوص عليه أحياناً في العقد، ومدي إمكانية دخول البائع كدائن عادي ضمن جماعة دائني المشتري، وما هو مصير حق البائع في حالة تغير الحالة العينية للبضاعة المبيعة.

(1) Com. 15 mars 1988, R.D. Com, 1988, P. 287, obs. J. Heard et B. Bouloc.
(2) Com. 13 mars 1986, R.D. Com., 1986, P. 289, obs. J. Hemard et B. Bouloc.

(ب) آثر الإسترداد على عقد البيع :

يثور التساؤل حول مصير عقد البيع المبرم بين البائع والمشتري في حالة إسترداد الأول للبضاعة التي يحتفظ بملكيتها، بسبب تخلف الثاني عن الوفاء بالثمن. فما هو تأثير الإسترداد علي تلك العلاقة التعاقدية؟

قد يبدو التساؤل غريباً حيث يصعب تصور بقاء البيع بالرغم من إستعادة البائع للبضائع التي يحتفظ بملكيتها. ولكن التساؤل يبدو منطقياً بالنسبة للإتجاه الذي يري في شرط الإحتفاظ بالملكية فصل بيع عقد البيع ذاته وبين عملية نقل الملكية. فالعقد ينعقد باتاً بين الطرفين ويرتب آثاره كاملة، إلا فيما يتعلق بنقل الملكية حيث لا يتم، تلقائياً، بمجرد إبرام العقد، بل يتم الإتفاق علي إرجائه لحين الإنتهاء من دفع الثمن. وهذا إتفاق جائز لعدم تعلق الأمر بالنظام العام. وبناء عليه، فإنه طبقاً لذلك التحليل، يمكن تصور بقاء العقد بالرغم من الإعمال الكامل لدعوي الإسترداد. ولا ينقضي البيع الا عن طريق دعوي الفسخ أو إعمالاً للشرط الفاسخ الصريح المتفق عليه[1]، خاصة وأنه لا يوجد أي نص يقضي صراحة أو ضمناً بفسخ العقد اثر مباشرة دعوي الإسترداد. بل أن نص المادة ٦١ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦١ يقضي صراحة، في الإتجاه المضاد، بأن فسخ العقد يبرر قبول دعوي الإسترداد.[2]

---

(1) J. Ghesin, reflesions..., op.cit., n. 16-Rives-lange, Banque, 1988. 704.

(2) F. Pérochon, Juriscl. Contrats-Distribution, Fasc. 925, n. 97 et 102.

يرفض البعض قبول هذا الإتجاه حيث يترتب عليه تجريد دعوي الإسترداد من كل فاعلية. فبالرغم من إسترداد البائع للبضاعة لتصبح في حيازته وملكاً له، إلا أنه لا يستطيع إعادة بيعها طالما بقي إلتزامه بنقل ملكية المبيع وتسليمه للمشتري إذا أوفي بالثمن، النابع من العقد القائم دون فسخ. حقاً أن النصوص الحالية لا تعطي ضوءاً واضحاً في هذا المجال، إلا أن نية المشرع تتجه بلا شك، الي تخويل البائع وسيلة ضمان قوية لإستيفاء حقه. لذا يبدو من المأمول. في ظل غياب الوضوح التشريعي، إتجاه القضاء الي قبول إنقضاء عقد البيع كنتيجة لاعمال دعوي الإسترداد[1]. ويؤدي القول بغير ذلك الي وضع البائع في دائرة مقفلة دون أن يعود الامر بأية فائدة علي جماعة الدائنين. بل أن الأمر يمكن أن يضر بمصالحهم، حيث يؤدي القول ببقاء العقد، رغم إسترداد البائع للمبيع، الي عدم التزامه برد الجزء من الثمن الذي إستوفاه من المشتري. ويترتب علي ذلك حرمان الضمان العام من عنصر إيجابي إضافي. ويصبح، بالتالي، عدم وقوع الفسخ أمراً ضاراً بالمدينين بعد أن كان مقرراً لصالحهم، مما يؤيد القول بوجوب تبعية فسخ البيع لإعمال دعوي الإسترداد وحتمية الربط بينهما[2].

وقد سارت في نفس الإتجاه، دون الوصول الي ذات النتائج، محكمة إستئناف بوردو في حكم حديث لها مقررة أن استرداد المبيع يؤدي الي

---

(1) J. Acquaviva et C. Bacrot, op.cit., n. 121.122.

(2) M. Storck, Revendication des marchandises et sort d'un Contrat de Vente Conclu avec une Clause de reséive de propriété, D. 1988, P. 131.

فسخ البيع. وينقضي، بالتالي، حق البائع في الثمن قبل المشتري. وتصبح الإقساط التي تقاضاها من الثمن بلا سبب من ثم يتعين عليه ردها.(١)

رفضت محكمة النقض الفرنسية صراحة هذا الإتجاه الاخير: طلبت الشركة البائعة استرداد البضاعة من المشتري المفلس، أو مبلغ التأمين الذي حل محلها اثر هلاك جزء منها في الحريق. أقرت محكمة النقض إسترداد الشركة للبضاعة بصفتها مالكة إستناداً الي شرط الإحتفاظ بالملكية النافذ في مواجهة جماعة الدائنين. وتظل الشركة، في ذات الوقت، محتفظة بوصف البائع ويمكنها التقدم بحقوقها كدائن ضمن دائني المشتري. رفضت المحكمة دفاع الطاعن المبني علي ان اعمال شرط الإحتفاظ بالملكية هو في جوهره دعوي فسخ للبيع ومن ثم يتعارض طلب الفسخ مع طلب تنفيذ العقد من خلال التقدم كبائع ضمن التفليسة للمطالبة بحقوقه. وقررت المحكمة ان دعوي إسترداد البضاعة ليست دعوي فسخ للبيع، ذلك أن قانون ١٢ مايو١٩٨٠ المنظم للدعوي الأولي ليس قانوناً للبيع بل جاء لتنظيم نفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة جماعة الدائنين. ومن ثم لا يمكن القول بأن هذا الشرط قد أصبح شرطاً فاسخاً(٢). وتحتفظ دعوي الإسترداد بذاتيتها عن دعوي الفسخ. ويظل البائع المسترد بائعاً دائناً بالثمن. وإذا لم تفي قيمة البضاعة المستردة بهذا الدين، ظل المشتري مديناً بالفرق مما يبرر أحقية البائع في الدخول المطالبة به ضمن جماعة الدائنين.(٣)

(1) C.d'Apple de Bordeaux. 2eme ch.27 fév. 1990, D. 1991. P.1991 note F. Pérochon.

(2) Com 1er oct. 1985, Bull. Civ.n.222-11 mai 1984, Ibid, n. 154.

(3) E. du Poutavice, Interêts et limites de la Clause de réserve de propriété, D. 1981, P.1.

لاشك أن تلك المكنة المخولة للبائع تبدو عديمة الجدوي في حالة الإفلاس، الا أن أهميتها تظهر في القضية موضوع البحث، بسبب وجود مبلغ التأمين علي البضاعة المحروقة، حيث يثور التساؤل حول صاحب الحق في هذا المبلغ هل البائع أم جماعة الدائنين؟ قررت المحكمة أن تبعة هلاك المبيع إنتقلت بموجب الإتفاق الي المشتري رغم أنه لم يصبح بعد مالكاً له، ومن ثم فإن مبلغ التأمين لم يدخل في ذمته المالية بل يحل محل البضاعة التي يحتفظ البائع بملكيتها(١)، وبعبارة أخري فإن محكمة النقض تستند بوضوح الي مبدأ الحلول، وتتبني حلاً مقارباً للحل القائم بصدد تأمين المسئولية فيما يتعلق بالحق بالمباشر للغير المضرور(٢). ونظراً لأن هذا الحل يواكب مصلحة البائع، فإنه يتفق وروح قانون ١٢ مايو ١٩٨٠، وسيظل معمولاً به، بلا شك، في ظل نصوص قانون ٢٥ يناير ١٩٨٠(٣).

ويأخذ الفقه والقضاء، في مصر، بنفس الإتجاه. اذ لا يتم فسخ البيع بقوة القانون نتيجة لتخلف الشرط الواقف لنقل الملكية، بل تقدر المحكمة الحكم به بناءاً علي طلب البائع الذي قد يختار التنفيذ بدلاً من الفسخ. ويتمثل التنفيذ في المطالبة بباقي الثمن، ويعد ذلك تنازلاً عن الإحتفاظ بالملكية. وللبائع إستيفاء حقه في الثمن من قيمة المبيع بالأولوية علي سائر الدائنين

---

(١) نفس القضاء السابق.

(2) Art. L. 124-2 C. assur- Civ. 3.10 jan. 1979, D. 1979, note F.D. Mixte. 15 juin 1979, Bull. Civ., n. 1.

(3) J. Jemard et B. Bouloc, obs.. R.D. Com., 1986, P. 546.

طبقاً لإمتياز البائع[1]. ولكن البائع، كما نعلم، يفقد حقه سواء في الإمتياز أو إسترداد المبيع في حالة افلاس المشتري، إلا بشروط محددة كما سنري.

وفي حالة تأمين المشتري علي المبيع، الذي يحتفظ البائع بملكيته، يستحق المؤمن له قيمة ما يلحق المبيع من أضرار، أما البائع المستفيد من عقد التأمين فيقتصر حقه علي قبض مقابل التأمين في حالة الهلاك الكلي.

وقد طبقت محكمة النقض المصرية ذلك المبدأ بصدد بيع سيارة. إذا كانت قيمة إصلاح الأضرار التي سببها الحادث هي من حق المؤمن له الذي صدرت الوثيقة بإسمه وقام بسداد أقساط التأمين، لأنه هو المستغل للسيارة ومن حقه أن تظل في حالة صالحة للإستعمال والإستغلال. أما الشركة البائعة فإن حقها في إقتضاء باقي الثمن إنما تضمنه السندات الإذنية الصادرة من المشتري، كما تضمنه السيارة ذاتها التي إحتفظت بملكيتها، أما كونها هي المستفيدة من عقد التأمين فإن ذلك لا يعطيها الا الحق في قبض مقابل التأمين في حالة الهلاك الكلي.[2]

ويجدر الإشارة أخيراً الي أن فسخ العقد يمكن أن يتم، طبقاً للقواعد العامة، من خلال دعوي الفسخ المنصوص عليها في المادة ١١٨٤ فرنسي

---

(١) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص١١٣، عبد المنعم البدراوي ص ٩٨، منصور مصطفي منصور ص٢١ . مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٤٩– قارن السنهوري الذي يري زوال البيع تلقائياً لتخلف الشرط الواقف (دفع الثمن) المعلق عليه، جـ٤ ص٢٢٣ .

(٢) نقض ١٩ مايو ١٩٨٠ المجموعة س٣١ ص١٤٢٤ .

أو إعمالاً للشرط الصريح الفاسخ المتفق عليه[1]. ونظراً لأن وجود ونفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية لا يعني بالضرورة وجود ونفاذ الشرط الصريح الفاسخ في العقد، فإنه من الأفضل للبائع، الراغب من التخلص من العقد، وتفادياً لحتمية اللجوء الي دعوي الفسخ، أن يضمن البيع نصاً يقضي بفسخه أثر دعوي الإسترداد، إعمالاً للشرط الصريح الفاسخ[2]. فما هو دور ذلك الشرط؟

(حـ) دور الشرط الصريح الفاسخ :

يمكن أن يتضمن عقد البيع، بالأضافة الي شرط الاحتفاظ بالملكية شرطاً صريحاً فاسخاً يقضي بالفسخ التقائي للعقد بمجرد تخلف المشتري عن دفع الثمن في المواعيد المحددة. ويؤدي هذا الشرط الي فسخ العقد تلقائياً دون حاجة الي حكم قضائي، حيث يقتصر دور القاضي، في حالة المنازعة، علي تقرير وقوع الفسخ بمجرد التحقق من وقوع المخالفة. ولا يكون له سلطة تقديرية في الحكم بالفسخ أو منح المدين أجلاً إضافياً للوفاء[3]. يقوي الشرط الصريح الفاسخ مركز البائع الدائن حيث يساعده علي التخلص بسهولة من ربقة العقد بمجرد عدم الوفاء بالثمن. ويؤدي ذلك الي تعضيد دعوي الإسترداد حيث تجد لها أساساً آخر، بالإضافة الي شرط الإحتفاظ بالملكية، ويتمثل في فسخ البيع. لذا تبدو أهمية حرص

(١) انظر المواد ١٥٧، ١٥٨ مدني مصري.

(2) J. Acquaviva et C. Bacrot, op.cit, n. 123.

(٣) انظر بحثنا: دور القاضي إزاء الشرط الصريح الفاسخ.

البائع علي تضمين العقد كل من شرط الإحتفاظ بالملكية والشرط الصريح الفاسخ في آن واحد حتي يتمكن من إسترداد بضاعته من جهة والتخلص من العقد كلية من جهة أخري.

ولعل الإعتراض علي وجوب إدراج الشرط الصريح الفاسخ في العقد يأتي من إمكانية عدم الإحتجاج به علي جماعة الدائنين في حالة إفلاس المشتري، وتنعدم بالتالي أهميته. ومرجع هذا الإحتمال هو موقف القضاء الفرنسي بصدد تطبيق المادة ٣٨، ٦١ من قانون ١٣ يوليو ,١٩٦٧[١]

تقضي المادة ٣٨ بأن يكون للسنديك طلب تنفيذ العقود القائمة بين المفلس والغير وذلك بعرض الاداء الواجب علي المتعاقد مع المفلس. ويذهب القضاء الي تطبيق النص علي كافة العقود.[٢] ويقرر القضاء أيضاً أن الخيار المقرر للسنديك بين التنفيذ والفسخ لا يتعطل بوجود نص صريح للعقد يقضي بالفسخ في حالة إفلاس المدين، فمثل هذا الشرط لا يسري قبل جماعة الدائنين[٣].

وإنطلاقاً من نفس المنطق يخشي أن تذهب المحاكم الي عدم الإحتجاج علي جماعة الدائنين بالشرط القاضي بالفسخ التلقائي للعقد في حالة عدم سداد الثمن[٤]. ويزداد هذا التخوف إزاء القضاء الصادر بصدد إعمال المادة

(١) وتقابلان المادتان ٣٧، ١٢١ من القانون الجديد ٢٥ يناير ١٩٨٥ .

(٢) ولا يدخل في ذلك بطبيعة الحال العقود التي تنقضي بقوة القانون اثر الافلاس لقيامها علي الإعتبار الشخصي أو تلك التي يقتضي تنفيذها تدخل المفلس نفسه.

Enc. Dalloz, Rép. Com. Faillites, Effets. Droit des Créanciiers, n. 1354-Com., 17 mars 1975 D. 1975 p. 553, note Derrida.

(3) G. Toujas et Argenson, T. 1, n. 912.

(4) M. Pédamon, Des Clauses résolutoires expreseses pour Causes de faillite ou de réglement judiciaire dans les Ventes mobilières, D. 1963, p. 145.

٦١ من نفس القانون التي تقضي بأن الفسخ لا يقع في مواجهة جماعة الدائنين الا إذا أبدي الدائن رغبته في التمسك به قبل الحكم بشهر الإفلاس.(١)

والواقع أن هذا الإعتراض أو التخوف ليس له ما يبرره، إذ يري الفقه أنه ليس من المنطقي القول بعدم نفاذ الشرط الصريح الفاسخ المتفق عليه في حالة عدم الوفاء بالثمن، إستناداً الي نفس الإعتبارات التي يقوم عليها القضاء السابق لإختلاف المناط في الحالتين. ولا يتفق ذلك مع قصد المشرع الحديث الذي إتجه في قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ الي توسيع نطاق إعمال دعوي الإسترداد. ويستتبع ذلك وجوب القول بنفاذ الشرط الصريح الفاسخ في كل حالة تطبق فيها الدعوي المذكورة. ويؤدي القول بغير ذلك الي تجريد هذه الدعوي من كل فاعلية. ان عدم نفاذ الشرط الصريح الفاسخ في مواجهة جماعة الدائنين كان أمراً مفهوماً في ظل النصوص القديمة لأنه كان يؤدي، في كثير من الحالات، الي حرمان الدائن من إمكانية إعمال دعوي الإسترداد. إختفي هذا التبرير الآن أمام التوسع في نطاق تطبيق هذه الدعوي. ومن ناحية أخري فإن عدم نفاذ الشرط المذكور لن يعود بأية فائدة علي الدائنين في حالة توافر شروط دعوي الإسترداد حيث ينبغي عليهم تحمل نتائج تلك الدعوي.(٢)

---

(1) Civ., 12 déc. D.H. 1939. 146-Com. 5 janv. 1970, D. 1970. 266.

(2) J. Acquaviva et C. Bacrot, op.cit, n. 127:129.

(د) مصير الثمن المدفوع وتأثير الشرط الجزائي :

يجري العمل، غالباً، خاصة في المسائل التجارية وبصدد أنواع معينة من البضاعة، علي أن يقوم المشتري بدفع جزء من الثمن عند طلب الصفقة أو التسليم. فهل يلتزم البائع، الذي يسترد البضاعة، برد القسط أو الأقساط التي إستوفاها من الثمن؟ ان الإجابة علي هذا التساؤل تبدو حيوية بالنسبة للبائع حيث يقدر علي ضوئها ما إذا كان من الانسب له أن يسترد البضاعة بحسب قيمتها آنذاك ويحتفظ بالجزء من الثمن الذي حصله أم لا.

إن الإجابة علي هذا التساؤل تفترض بالضرورة فسخ البيع اثر إعمال دعوي الإسترداد. وتختلف الإجابة بحسب ما إذا كان العقد متضمناً شرطاً جزائياً من عدمه.

أولاً: عدم وجود شرط جزائي: إذا لم يتضمن البيع شرطاً جزائياً بأحقية البائع في مبلغ معين من المال كتعويض عن وقوع الفسخ، يتم إعمال القواعد العامة في الفسخ حيث يعتبر البيع كأن لم يكن ويعاد كل شئ الي ما كان عليه قبل التعاقد. ويسترد المشتري الثمن المدفوع مقابل إسترداد البائع للبضاعة.[1]

ويجوز للبائع، بطبيعة الحال، أن يطالب المشتري بتعويض عن فسخ البيع الناجم عن تقصيره في الوفاء بالثمن. ولكن مسألة التعويض أمر منفصل عن الأقساط الواجب ردها لتخلف سبب الإحتفاظ بها[2]. ولا يجوز

(1) Civ., 20 fév. 1973, Bull. Civ. 111, n. 147-Enc. Dalloz, Droit Civil, Vente, n. 209 De Pontavice, op.cit., P. 49.

(2) Paris, 27 sep. 1983, D. 1985, IR 4, obs. Derrida.

إجراء مقاصة بينها وبين التعويض الذي قد يستحقه عن الفسخ حيث لم يتم تقديره بعد، ومن ثم فهو ليس ديناً نقدياً مؤكداً ومستحق الاداء، وتلك هي الشروط اللازمة لإجراء المقاصة[1]، أضف الي ذلك أن التعويض الذي يقضي به للبائع يعد ديناً عادياً يدخل به ضمن جماعة الدائنين ويخضع، بالتالي، لمبدأ التزاحم وقسمة الغرماء فيما بينهم.[2]

ويفرق القضاء. فيما يتعلق بالتعويض عن نقص قيمة المبيع، بين ما إذا كان هذا النقض راجعاً الي الإستعمال أو سوء الصيانة اللاحق لحكم الإفلاس، أم ذلك السابق علي الحكم. فالأول يعد ديناً في ذمة جماعة الدائنين ويجوز للبائع الرجوع به عليها. ويمكن إجراء المقاصة بينه، بعد تقديره بطبيعة الحال، وبين القسط من الثمن الذي حصله ويلتزم برده اثر فسخ البيع. أما الثاني فيدخل به كدائن عادي ضمن جماعة الدائنين.[3]

ثانياً: وجود شرط جزائي: يتضمن عقد البيع، أحياناً، شرطاً جزائياً يقضي بإستحقاق البائع مبلغاً معيناً علي سبيل التعويض عن الأضرار التي تحل به أثر فسخ العقد لتخلف المشتري عن الوفاء بالثمن. يرد هذا الشرط، غالباً، في البيع الوارد علي أشياء قابلة للإستعمال بواسطة المشتري، حيث يقدر مبلغ جزافي لتغطية الأضرار التي تحل بالبائع بسبب حرمانه من الإنتفاع بالمبيع فترة وجوده بين يدي المشتري أو بسبب تدهور قيمته

(١) م ١٢٩١ مدني فرنسي، م ٣٦٢ مصري.

(٢) انظر مايلي ص ١٦٤ .

(٣) C.d'Appel de Bordeaux, 2eme ch., 27 fév. 1990, D. 1991, P. 191, note F. pérochon.

وإستهلاكه، ويجوز للقاضي تعديل المبلغ المتفق عليه إذا تبين له عدم تناسبه الكبير مع الضرر الواقع.[1]

يثور التساؤل حول مدي إمكانية إجراء المقاصة بين التعويض الإتفاقي والقسط الذي تسلمه البائع من الثمن. يجوز إجراء هذه المقاصة في حالة وقوع الفسخ قبل الحكم بشهر الإفلاس[2]، أما بعد هذا التاريخ فإن الإمر يثير الشك. فطبقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٨ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ (م٣٧ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥)، إذا قرر السنديك، عدم الإستمرار في تنفيذ العقد القائم عند النطق بالحكم بشهر الإفلاس، جاز للمتعاقد مع المدين أن يطلب من المحكمة تأجيل إلتزامه برد الأقساط التي تسلمها من الثمن لحين الفصل في التعويض المستحق له. يتضح من النص أنه لا يجوز إجراء المقاصة إلا بتصريح من المحكمة. غير أنه ينبغي ملاحظة أن النص المذكور يتعلق بالحالة التي يقع فيها الفسخ بناء علي طلب السنديك[3]. والواقع ان هذا النص لم يفعل سوي تعميم تطبيق حكم المادة ٥٥١ القديمة من القانون التجاري علي كافة العقود. وقد إستقر القضاء الصادر إستناداً الي هذه المادة علي أن إلتزام البائع برد أقساط الثمن التي تسلمها من المفلس

---

(١) م ١١٥٢ مدني فرنسي، م٢٢٣، ٢٢٤ مدني مصري.

(٢) G.Toujas et J. Argenson, op.cit., n915.

(٣) Art. 37 al. 4 de la loi du 25 jan. 1985.

Civ. 29 jan. 1975, Bull. Civ. IV, n.25. وقارن مع ذلك:

M. Pédamon et O. Cardet, La Compensation dans les procédures Collectives de réglement du passif, D. 1976, P. 123.

الي جماعة الدائنين، دون إجراء المقاصة مع التعويض المستحق له أمر يتعلق بالنظام العام.[1]

إذا كان هذا هو الحكم في حالة وقوع الفسخ بناء علي طلب السنديك، فهل يختلف الأمر في حالة وقوع الفسخ بناء علي طلب البائع؟ يري البعض توحيد الحكم في الحالتين، ومن ثم يسري حكم المادة ٣٨ (٣٧ من القانون الجديد)، أي أنه لا يجوز إجراء المقاصة بين القسط المدفوع والتعويض المستحق[2]. والراجح أن القضاء سيأخذ هذا المنحي ويرفض إمكانية جمع البائع، في آن واحد، بين إسترداد البضاعة والإحتفاظ بالقسط المدفوع من الثمن. ولا يعني ذلك بالتأكيد، إنكار حق البائع في التعويض عن الفسخ، بل أن المقصود من حظر المقاصة هو منع تمييز البائع عن بقية الدائنين إعمالاً لمبدأ المساواة فيما بين أعضاء الجماعة. ويجوز للبائع التقدم بدين التعويض ضمن هذه الجماعة.[3]

وهذا ما ذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية بالفعل بصدد آلة بيعت مع الإحتفاظ بملكيتها. أفلس المشتري قبل الوفاء بالثمن فطلب البائع إسترداد المبيع مع التعويض عن نقص قيمته بسبب الإستعمال. فقضت محكمة الموضوع بالرد إستناداً الي شرط الإحتفاظ بالملكية الساري في مواجهة الدائنين مع إلزام البائع برد القسط الذي حصله من الثمن ورفضت طلب التعويض. طعن البائع علي الحكم بالنقض لرفضه التعويض، وأسس طعنه علي أن الواقعة مصدر الضرر وهي إستعمال

---

(1) Com.. 25 nov. 1969, D. 1970. Som. 111-Enc. Dalloz. Rep. Com. Faillite, Effets. n. 1368.

(2) G. Toujas et J. Argenson, op.cit.

(3) J. Acquaviva et C. Bacrot, op.cit, n. 143.

الآلة قد تمت، في جانب منها، بعد الإفلاس، رفضت المحكمة الطعن مقررة أن طلب البائع يتمثل، في الواقع، في مبلغ من النقود، وينبغي أن يخضع لإجراءات فحص الديون لأن مرده سبب سابق علي الأفلاس. ولا يكون أمام البائع سوي الحصول علي حكم بالتعويض عن طريق رفع دعوي مستقلة بالفسخ[١]، ثم يتقدم بهذا التعويض كدائن عادي ضمن تفليسة المشتري.[٢]

(هـ) دخول البائع كدائن ضمن جماعة دائنى المشترى المفلس:

إذا إسترد البائع البضاعة كاملة صحيحة وتم فسخ البيع، فإنه لا يدخل كدائن بباقي الثمن ضمن جماعة دائني المشتري المفلس لأن هذا الدين ينقضي بإنقضاء سببه. ويستطيع البائع، من باب التحوط، التقدم في التفليسة كدائن بباقي الثمن إنتظاراً لقبول دعوي الإسترداد والفصل فيها. ولا يعني هذا التقدم النزول عن دعوي الإسترداد[٣]، فقد رأينا أن محكمة النقض تستقر علي إستقلال هذه الدعوي عن دعوي الفسخ، ومن ثم فإن طلب تنفيذ العقد وإن كان يتعارض مع طلب الفسخ إلا أنه لا يتعارض مع طلب الإسترداد.[٤]

---

(1) Com. 1er oct. 1985, Bull Civ. IV, n.222.

(2) Com. 22 juill. 1986, R.D. Com. 1987, P. 569, obs. J. Hemard et B. Bouloc.

(3) Bord, Enc. Dalloz, Rep. Com. Faillites, Effets, n. 1640. Vallens, La Clause de résérve de propriété et la procédure de redressement judiciaire, J.C.P. 1986, ED. E. 1465.

(٤) انظر ما سبق ص ١٥٥ .

ومن جهة أخري فإن دخول البائع في تفليسة المشتري ليس شرطاً لقبول دعوي الإسترداد لأن موضوع هذه الدعوي ليس طلب مبلغ من النقود. ومع ذلك فمن الأحوط أن يتخذ البائع هذه الخطوة لأن نجاح الدعوي المذكورة ليس بديهياً، إذ يمكن عدم قبولها بسبب تغير الحالة العينية للبضاعة أو التصرف فيها. ويفضل البائع، أحياناً الدخول كدائن في عملية التسوية القضائية للمشتري، بدلاً من المطالبة بإسترداد البضاعة، في حالة وجود فرصة قوية لإنقاذ المشروع من الإفلاس، لصعوبة إعادة بيعها بسعر مجز.[1]

وإسترداد البائع للبضاعة لا يمنعه من الدخول، في تفليسة المشتري، كدائن بالتعويض المستحق له عن الإضرار التي حلت به بسبب عدم تنفيذ العقد من جهة وتدهور حالة المبيع من جهة أخري[2].

(و) حق البائع فى حالة تغير الحالة العينية للبضاعة أو إختفائها:

رأينا ان بقاء البضاعة، المبيعة مع الإحتفاظ بملكيتها، علي حالتها العينية شرط جوهري لقبول دعوي الإسترداد. فلا يجوز للبائع إسترداد البضاعة التي تغيرت أو تحولت أو إندمجت ضمن مواد أخري أو إستهلكت[3]. ويصبح البائع مجرد دائن بقيمة البضاعة[4]. وينبغي، لمعرفة

---

(1) Houin. op.cit., n.13.

(٢) إنظر ما سبق ص١٦٠ .

(٣) انظر تفصيل ذلك ما سبق ص ١٣٤ .

(٤) هذا بالإضافة الي حقه في التعويض عن عدم تنفيذ العقد بطبيعة الالة انظر ما سبق ص١٦٠، وقارن حكم القانون الالماني ماسبق ص١٤٥ .

المدين بقيمة البضاعة، التفرقة بين ما إذا كان تغير الحالة العينية للبضاعة قد تم قبل النطق بحكم الإفلاس أم تم بعد ذلك.

فإذا تغيرت حالة البضاعة قبل النطق بحكم الإفلاس، فإن حق البائع في قيمتها يكمن في ذمة المشتري، ولا يكون، أمام البائع سوي الدخول كدائن عادي ضمن جماعة دائني المشتري المفلس، ويخضع لنفس الإجراءات. والجدير بالذكر أن البائع يفقد الإمتياز المقرر له علي المبيع، ضماناً لما يستحقه من الثمن وملحقاته، إذا دخل الشئ المبيع في حيازة المدين الذي أشهر إفلاسه[١].

أما إذا فقدت البضاعة حالتها العينية أو إختفت بعد النطق بحكم الإفلاس. فإن حق البائع في الحصول علي قيمتها يعد ديناً علي جماعة الدائنين، ويمكنه الرجوع به علي السنديك كممثل لتلك الجماعة، لأن هذا الحق نشأ بعد فتح إجراءات التفليسة[٢]. كانت البضاعة موجودة بحالتها العينية يوم النطق بحكم الأفلاس، ومن ثم كان من حق البائع إستردادها خلال مدة الثلاثة أشهر التالية للحكم. الا أن هذا الحق تعطل بسبب إستخدام السنديك لتلك البضاعة لصالح الجماعة، لذا يقع عليها عبء تعويض البائع عن قيمتها. فحق البائع في التعويض لم ينشأ قبل حكم الإفلاس بل كان وليد الإستمرار في نشاط المدين المفلس.[٣]

---

(١) مصطفي طه. المرجع السابق ص٤٥٠، ٤٥١.
Jauffert, Manuel de droit Commercial, L. G.D.J., Paris, P. 342.

(2) Com. 26 mars 1985, R.D. Com., 1986, p. 289, obs. J. Hemard et B. Bouloc.

(3)Com. 23 oct. 1985-9 juin 1987, R.D. Com., 1988, P. 120, obs. J. Hemard et B. Bouloc.

ويقع علي السنديك عبء إعداد قائمة جرد محددة ومفصلة بكل البضاعة الموجودة لدي المدين وتحديد الموجود منها بحالته العينية، وبصفة خاصة تلك المثقلة بشرط الإحتفاظ بالملكية[1]، حيث ينبغي عليه المحافظة عليها وعدم التصرف فيها[2]، حتي يتمكن البائع من ممارسة حقه في إستردادها خلال مدة الثلاثة أشهر المقررة له[3]. وبإنقضاء هذا الميعاد يفقد البائع حقه في إسترداد البضاعة أو حتي قيمتها، ولا يكون أمامه سوي الدخول في التفليسة كدائن عادي بالثمن المتبقي له، بشرط أن يتم ذلك في الميعاد المقرر والذي غالباً ما يكون أقل من مدة الثلاثة أشهر السابقة.[4]

---

(١) إنظر ما سبق ص ١٣٧ .

(٢) وإذا باع السنديك، رغم دعوي الإسترداد، البضاعة بثمن أقل من قيمتها كان عليه أن يرد للبائع قيمة البضاعة وليس الثمن.

Rennes, 3 mars 1982, D. 1984. IR. 1.obs. Derrida.

(3) de Commerce De Sainte-Etienne. 1er ch., 19 mai 1981, Gaz.Pal.1981, P.58, note C.G.

(٤) ١٥ مايو طبقاً لـ :

1947 du décret du 22 déc. 1967.

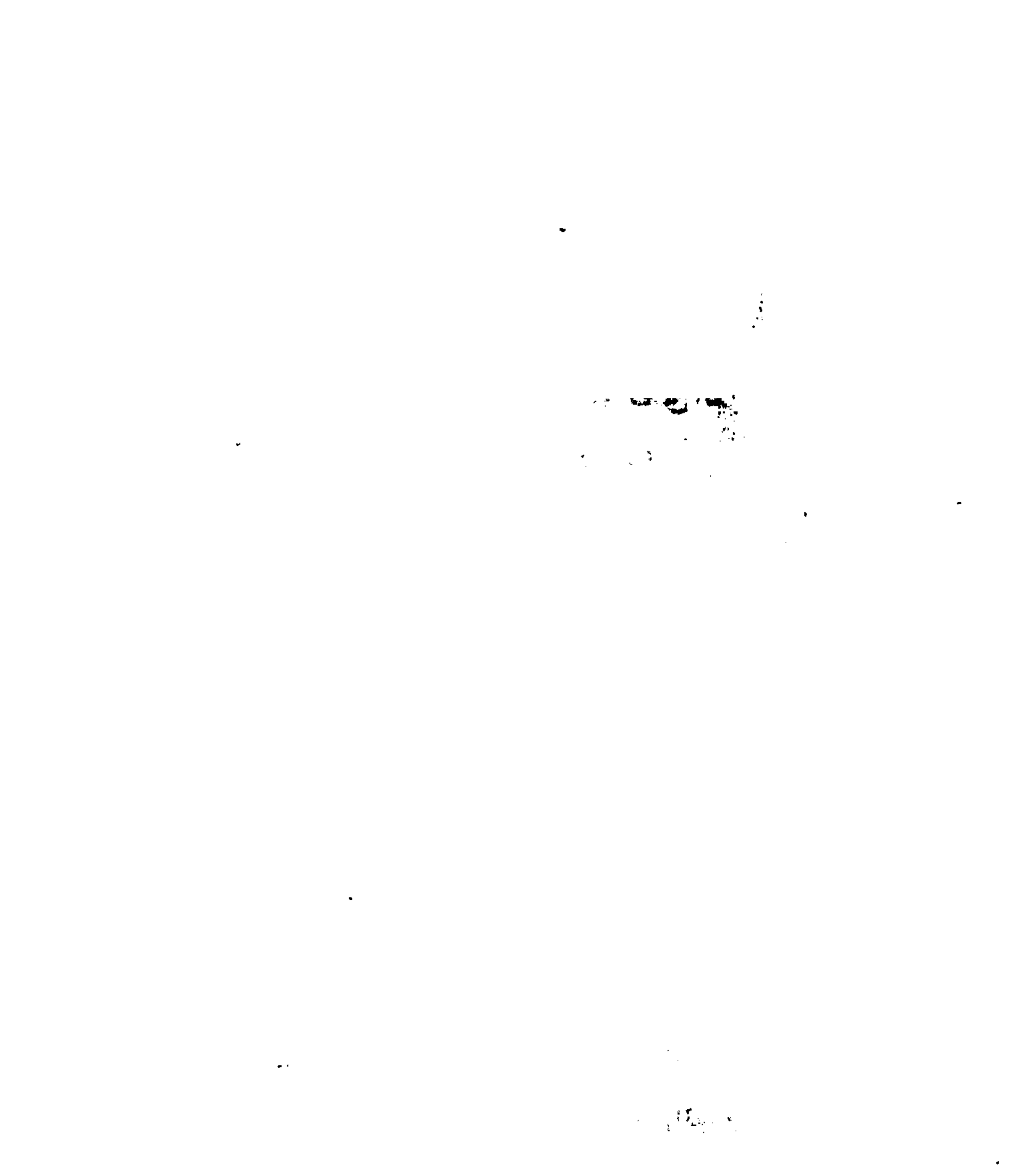
وشهران طبقاً للتعديل الجديد

1966 al. dernier du décret du 27 sep. 1985.

الفصل الثانى
أثر شرط الإحتفاظ بالملكية
قبل الغير المتصرف إليه فى المبيع
(مدى نفاذ الشرط قبل الغير صاحب الحق العينى على المبيع المحتفظ بملكيته)

إن التصرفات التى يبرمها المشترى على المبيع وتنشأ بمقتضاها حقوق للغير حسن النية تنفذ، كقاعدة عامة، فى مواجهة البائع رغم إحتفاظه بالملكية. تؤدى تلك التصرفات، فى الغالب، إلى إنعدام فعالية شرط الإحتفاظ بالملكية واهدار حقوق البائع التى ضمنها ذلك الشرط. لذا يثور التساؤل حول مدى إمكانية تفادى تلك المخاطر عن طريق تدعيم الشرط المذكور بشروط إتفاقية إضافية. وعلى ذلك تنقسم دراستنا فى هذا الفصل الى مباحث ثلاثة:

نتناول فى الأول: نفاذ التصرفات التى يبرمها المشترى على المبيع المحتفظ بملكيته، ونعرض فى الثانى لتفادى مخاطر تصرف المشترى فى المبيع. ونبين فى الثالث ضمانات البائع فى حالة تصرف المشترى فى المبيع.



المبحث الأول
نفاذ التصرفات التى يبرمها المشترى
على المبيع المحتفظ بملكيته

لمعرفة مدى نفاذ التصرفات التى يبرمها المشترى على المبيع فى مواجهة البائع المحتفظ بملكيته، نعرض لنقاط ثلاث هي: مشروعية ونفاذ تصرف المشتري في المبيع المحتفظ بملكيته، حق البائع في ثمن المبيع قبل الغير المتصرف اليه، الدائن صاحب التأمين العيني علي البضاعة المحتفظ بملكيتها.

المطلب الأول
مشروعية ونفاذ تصرف المشترى
فى المبيع المحتفظ بملكيته

نعرض للمسألة من الناحيتين الجنائية والمدنية:

(أ) من الناحية الجنائية:

لا يدخل تصرف المشتري، كقاعدة عامة، في المبيع المحتفظ بملكيته تحت لواء التجريم والعقاب. فلا يمكن القول بتوافر أي من أركان جرائم: السرقة أو النصب أو إختلاس المنقول ممن رهنه ضماناً لدين[1]. ولا تنطبق

---

(١) المادة ٣٢٣ مكرر عقوبات مصري.

أيضاً جريمة خيانة الأمانة لأن التبديد يفترض وجود عقد أمانة.[١] وعقد البيع ليس كذلك. ولكن تصرف المشتري في المبيع تصرفاً ناقلاً للملكية كان يدخل دائرة التجريم من خلال المادة ٤٥ من القانون ١٠٠/١٩٥٧ مصري الخاصة بحظر تصرف المشتري في المبيع بالتقسيط قبل الوفاء بثمنه، إذا توافرت شروط إعمالها، وأصبح التجريم الآن طبقاً للمادة ١٠٧/٣ من قانون التجارة[٢].

(ب) من الناحية المدنية:

إن إحتفاظ البائع بالملكية، في عقد البيع، لا يمنع المشتري، في الواقع، من التصرف في المبيع للغير. ولا يتعارض شرط الإحتفاظ بالملكية، قانوناً، من حيث المبدأ، مع إمكانية تصرف المشتري في المبيع[٣]. إلا أن هذا التصرف لا يكون، في الأصل، منجزاً أو باتاً، بل يكون موصوفاً بنفس الصفة التي يتصف بها البيع الأصلي، فإذا قلنا بأن هذا البيع معلق علي شرط أو مضاف الي أجل[٤] فإن التصرف الذي يبرمه المشتري يكون متسماً بنفس الصفة. وينبغي أن تكون هذه الصفة واضحة في العقد ويعلم المتصرف إليه بها أي يعلم بتعلق حق البائع الأصلي بالمبيع بمقتضي شرط الإحتفاظ بالملكية.

---

(1) Crim. 6 mars 1937, D.P. 1938. 1.92. note Nast-29 juin. 1977, D. 1978.111. Rapport Dauvergne.

(٢) انظر ماسبق ص ١٧ .

(3) C.D'Appel de Riems, R.D. Com. 1986, P. 544, obs. J. Hemard et B. Bouloc.

(٤) انظر مايلي ص ٢٢٠ .

ومؤدي إحتفاظ البائع بملكية المبيع أن المشتري لا يصبح مالكاً له رغم إبرام عقد البيع، ومن ثم لا يجوز له قانوناً، أن يعيد بيعه للغير بمقتضي عقد منجز وبات. وإذا تصرف المشتري بالمخالفة لذلك وقع البيع باطلاً لمصلحة المشتري الثاني طبقاً لأحكام بيع ملك الغير[1]. ولا يسري هذا البيع، من حيث المبدأ، في مواجهة البائع إلا إذا أقره.

ومن المقرر، مع ذلك، أنه إذا تصرف المشتري في المبيع المنقول الي شخص آخر حسن النية وسلمه اليه، كان من حق المتصرف اليه التمسك بنفاذ حقه قبل البائع الأصلي إستناداً الي قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية. ولا يستطيع البائع الأصلي أن يطلب إسترداد المبيع منه إستناداً الي شرط الإحتفاظ بالملكية حتي لو تم فسخ عقد البيع المتضمن للشرط.

والأصل أن المتصرف اليه يكون حسن النية لا يعلم بتعلق حق البائع بالمبيع أي بوجود شرط الإحتفاظ بالملكية، ذلك أن المشرع لم يفرض أية إجراءات لشهر الشرط. ،ويقع علي البائع الاصلي عبء إثبات سوء نية الحائز المتصرف اليه أي علمه بأن من تصرف له لم يكن مالكاً العين المتصرف فيها. ويجوز له أن يثبت ذلك بكافة الطرق ومنها القرائن القضائية. فإذا إستطاع أن يثبت سوء نية المتصرف اليه، جاز له إسترداد المبيع. ولم يكن للمتصرف إليه أي حق في مطالبته بأن يدفع اليه الثمن الذي إشتري هو به المبيع من المشتري الأول لأن المبيع لا يمكن إعتباره في مثل هذه الحالة مسروقاً ولاضائعاً[2].

(١) م ١٥٩٩ مدني فرنسي ، م٤٦٦ : ٤٦٨ مدني مصري.

(٢) سليمان مرقس، ص١١٢ .

لم يكن يثير إعمال ذلك المبدأ أي شك لدي الفقه والقضاء[1]، إلا أن الأمر قد تغير بصدور قانون التجارة حيث قرر نفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية في حق الغير، بشرط ثبوت ذلك الشرط كتابة بتاريخ ثابت وسابق علي هذا الحق(م١٠٦).

ويترتب علي ذلك أننا أصبحنا بصدد حكم خاص يشكل إستثناءاً علي قاعدة الحيازة في المنقول، ومن ثم فإذا قام المشتري بالتصرف في المبيع الي الغير فإن هذا التصرف لا ينفذ في حق البائع الذي إحتفظ بملكية المبيع، وذلك دون حاجة الي تكليفه بإثبات علم المتصرف إليه وقت إجراء التصرف بعدم وفاء المشتري للثمن بأكمله، ذلك أن شرط الإحتفاظ بالملكية يسري في مواجهة المتصرف اليه طالما كان ثابت التاريخ في وقت سابق علي إجراء التصرف، وذلك بغض النظر عن حسن أو سوء نيته، أي أنه لا يستطيع التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول.

ولا شك أن ذلك يعد تطوراً هاماً علي صعيد المعاملات وإستقرارها، لذا يتعين علي كل من يتعامل بصدد أي شئ أن يتأكد من ملكية المتعاقد معه له، وخلوص هذه الملكية وعدم إحتفاظ المتصرف الأصلي بها لحين إستيفاء كامل الثمن. وهذا أمر محوط بكثير من العقبات العملية. ولعل ما يخفف من ذلك أن المشكلة لن تثور عملاً إلا بصدد الأشياء ذات القيمة الكبري وخاصة أدوات الإنتاج والسلع المعمرة.

---

(١) السنهوري جـ٤، ص٢٢٢، نقض ١٩٨٣/٨/٣٠، الطعون أرقام ١٧٤٧، ١٦٨٢، ١٧٦٨، مجموعة البناوي ص١٠٧٩ .

ويختلف الأمر في كل من القانونين الفرنسي والألماني، بل أن محكمة النقض الفرنسية لم تتردد لحظة في تأكيده رغم صدور القوانين المدعمة لشرط الإحتفاظ بالملكية، حيث تقرر، في أكثر من مناسبة، أن النصوص المنظمة للشرط المذكور وأحقية البائع في إسترداد المبيع لا تشكل إستثناء علي نص المادة ٢٢٧٩ مدني التي تقرر مبدأ الحيازة بحسن نية. ومن ثم ليس من حق البائع المحتفظ بملكية المبيع أن يطلب إسترداده من المتصرف اليه من المشتري الأصلي الا بعد إقامة الدليل علي سوء نية الأول[١]. وبالرغم من إنتشار شرط الإحتفاظ بالملكية إلا أن المشتري لا يطلب منه التحري عما إذا كان من باع له قد وفي بثمن المبيع للبائع الأصلي[٢]. وترمي المادي ٢٢٧٩ الي ضمان إستقرار التصرفات الواردة علي المنقولات لتسهيل تداولها، ولم يبغ المشرع النيل من تلك الغاية من خلال قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ الذي جاء أساساً ليعطي البائع، الذي لم يستوف الثمن، حق إسترداد المبيع من بين يد المشتري المفلس، فهو أحق به من باقي الدائنين.[٣]

(1) Réq. Civ., V. Revendication, N. 73s- Nouv. Rép., V. Possession, n. 44s.
Com. 1er oct. 1985, Bull Civ. IV, n. 224.
(2) Com. 19 mai 1987. Bull. Civ. IV., 120.
يتعلق الحكم ببضاعة تم تصرف المشتري فيها من خلال تظهير سند الشحن وتسليمه للمتصرف اليه، رفضت المحكمة طلب البائع الأصلي إسترداد البضاعة التي يحتفظ بملكيتها، من المتصرف اليه الثاني الذي إكتسب ملكيتها بمجرد حيازته للسند بحسن نية.
(3) J. Hemard et B. Bouloc. obs., R.D. Com. 1986, P. 544.
وتتضمن بعض التشريعات الخاصة في فرنسا تنظيماً فعالاً للشهر لحماية بائعي بعض الاموال، علي سبيل الإئتمان، التي تعد، من زاوية معينة، في حكم البضائع: القانون المنشئ لحق الرهن لبائع السيارة

ويقرر القانون المدني الألماني نفس المبدأ[1]. فطبقاً للمادة ٩٣٢ يمتلك المتصرف اليه الشئ حتي ولو لم يكن مملوكاً للمتصرف، بشرط أن يكون التصرف قد أبرم وفقاً للمادة ٩٢٩، أي أن ينتقل الشئ الي المتصرف اليه وأن يتم الإتفاق علي نقل ملكيته بين المتصرف والمتصرف اليه. فالنص يقيم قرينة مؤداها أن حائز الشئ هو مالكه. ويحقق ذلك نوعاً من التأمين للنشاط التجاري. فمن يشتري بضاعة ممن يحوزها ليس ملزماً بالتحري عن ملكيته لها. ولا يصبح المتصرف اليه، مع ذلك، مالكاً للشئ الا إذا كان حسن النية وقت إكتسابه ملكيته طبقاً للمادة ٩٢٩، والأصل أنه حسن النية، إلا أنه يكون سئ النية إذا كان عالماً بأن المتصرف ليس مالكاً للشئ، أو إذا كان جهله بالحقيقة ناجماً عن تقصير جسيم من جانبه[2].

(L. 1934 instituant le gage du Vendeur d' endeud d' automobiles D.
(L. 1951 organisant le ونفس الشئ بالنسبة لبائع الآلات وأدوات التجهيز (1953
natissement de l'outillage et du matérial d'equibement).

ويري الفقه اعمال تلك الأحكام الخاصة دون التأثر بالحكم العام الذي تضمنه التعديل التشريعي الحديث (قانون ١٩٨٠) ومن ثم يستطيع البائع، في هذه الفروض، أن يتقدم، في ذات الوقت، للمطالبة بحقه. إستناداً الي صفتيه: أولاً، كمالك يحتفظ بملكية المبيع له الحق في إسترداده. ثانياً: كدائن مرتهن. ويكون له الخيار بين أي من الضمانتين أنسب له. مثال ذلك: أن شهر حق الرهن المقرر للبائع علي السيارة، ووضع علامة محددة علي المال المحمل بالرهن الخاص بأدوات التجهيز يسمح للدائن المرتهن بممارسة حقه في تتبع المال بين يدي المصرف اليه حسن النية، بينما لا يخوله شرط الإحتفاظ بالملكية مثل هذا الحق.

Ribert et Roblot, op.cit., n. 3161.

وانظر في القضاء المعارض : Com. 13 mars 1985,

J.C.P.1987.2.20843 note Joly

وعكس ذلك: Douai 24 sep. 1987. Gaz. Pal. 1988.1.415.

(1) Art. 932 et 929 BGB.؛

(2) G.Meissner, op.cit., P. 370.

مؤدي ذلك أنه إذا تصرف المشتري في البضاعة للغير حسن النية، سقط حق البائع في إستردادها، رغم احتفاظه بملكيتها، من بين يدي المتصرف اليه، لأنه يكون قد إكتسب ملكية المبيع إستناداً الي الحيازة مع حسن النية.

المطلب الثانى
حق البائع فى ثمن المبيع المحتفظ بملكيته قبل الغير المتصرف اليه

اذا كان من المسلم به أن البائع يفقد حقه في إسترداد البضاعة، التي يحتفظ بملكيتها، والتي لم يستوف ثمنها، في حالة تصرف المشتري فيها الي الغير حسن النية، إلا أن المشرع الفرنسي خولِ هذا البائع الحق في أن يقتضي ثمن هذه البضاعة من المتصرف اليه إذا كان لم يقم بدفعه للمتصرف (المشتري الأصلي)(١). ويتعلق حق البائع بالمبالغ التي توجد في ذمة المتصرف اليه، من ثمن المبيع، للمشتري يوم النطق بالحكم بشهر افلاسه(٢). وليس للبائع أن يطالب بالمبالغ التي حصلها المشتري بالفعل من المتصرف اليه. ولا يتصور الزام المتصرف اليه بأن يعيد دفع الثمن مرة ثانية، فهو لا يلتزم، قبل البائع الاصلي، الا بالمبلغ المتبقي لديه من الثمن أي ما لم يتم دفعه للمتصرف (المشتري الأصلي).(٣)

---

(١) م ٦٦ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧، م١٢٢ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥.

(2) J. Mestre, obs. Sous la Cour de Toulouse, 27 nov. 1984, D. 1985, P. 1985.

(3) Com. 27 juin 1989, R.D. Com., 1990, P.92, obs. B. Bouloc-11 déc. 1990, R.D. Com. 1991, P. 430 obs. B. Bouloc.

فإذا ثبت قيام المتصرف اليه بدفع كامل الثمن للمشتري، سقط حق البائع الأصلي في الإسترداد سواء بالنسبة للبضاعة أو بالنسبة للثمن، ولا يكون أمامه سوي الدخول بحقه كدائن عادي ضمن تفليسة المشتري[١].

ودفع الثمن يمكن أن يتم نقداً أو عن طريق المقاصة في حساب جار[٢] أو من خلال تحرير ورقة تجارية: شيك أو كمبيالة أو سند إذني[٣]. ويبدي الفقه تحفظاً بصدد الكمبيالة والسند الإذني: اذا قام المتصرف اليه بتحرير أي منهما للمشتري الأصلي وفاءاً لثمن المبيع. وبقيت هذه الورقة التجارية موجودة لدي الأخير لحظة النطق بحكم شهر افلاسه. كان من حق البائع الأصلي أن يطلب إسترداد الثمن من المتصرف اليه. أما إذا كنا بصدد ورقة تجارية موجودة أصلاً لدي المتصرف اليه ثم قام بتظهيرها للمتصرف (للمشتري الأصلي) سقط حق البائع الأصلي في إقتضاء الثمن من المتصرف اليه[٤].

اذا تقرر حق البائع الاصلي في طلب الثمن من المتصرف اليه، فهل يتعلق الامر بالثمن الخاص بالبيع الاول أم بالبيع الثاني؟ أي هل يتعلق حق البائع الاصلي بالثمن المستحق في ذمة المشتري منه أم بالثمن المستحق للأخير في ذمة المشتري الثاني؟

---

(١) انظر ما سبق ص ١٦٤ .

(2) Ripert et Roblot, op.cit, n. 3129.
Com. 9 jan. 1990, Banque, 1990. 428.

(3) Réq. 26 fév. 1908. D.P. 1909, 1,5, note Pererous-S. 1910,1,353 note Bourcart.

(4) J.Acquaviva et C. Bacrot, op.cit, n. 085.

لا تثور صعوبة في حالة ما إذا كان الثمن هو نفس المقدار في الحالتين. وإذا كان الثمن في البيع الثاني أقل من الثمن في البيع الأول، لم يكن من حق البائع الأصلي سوي المطالبة بالثمن المستحق في ذمة المشتري الثاني، ويمكنه الرجوع علي المشتري منه بفارق الثمن أو الدخول به ضمن جماعة دائنيه في حالة إفلاسه.

أما إذا كان الثمن في البيع الثاني يفوق الثمن في البيع الأول، وهذا هو الفرض الغالب، فنري أحقية البائع الأصلي في الحصول علي الثمن المستحق في ذمة المتصرف اليه، ولو زاد عن الثمن الأصلي، لأنه يحل محل البضاعة الواجب ردها أصلاً له لإحتفاظه بملكيتها، ولأن هذا الثمن يعبر عن قيمتها الفعلية. ومن المقرر ان نماء الشئ وزيادة قيمته من حق المالك. ولكن محكمة النقض الفرنسية ذهبت الي عكس ذلك وقررت أن الثمن يحل محل البضاعة، وليس للبائع الأصلي سوي المطالبة بالثمن المحدد في عقد البيع الذي أبرمه مع المشتري منه، وتدخل الزيادة في الذمة المالية للأخير، أي أن البائع يحصل علي ما هو مستحق له دون هامش الربح لأن شرط الإحتفاظ بالملكية ليس سوي ضمانة لإستيفاء الثمن.[1]

ويجدر الإشارة أخيراً الي أن بعض المحاكم رأت قصر حق البائع الأصلي في طلب الثمن من المتصرف اليه علي حالة ما إذا كان التصرف في البضاعة قد تم بعد الحكم بشهر إفلاس المشتري الأول. ولكن محكمة النقض رفضت صراحة هذا الإتجاه وقررت إمكانية مباشرة هذا الحق، سواء

---

(1) Com. 15 jan. 1991, Bull. Civ. IV, n. 31

تم التصرف قبل الحكم أم بعده، بشرطين: الأول هو بقاء البضاعة علي حالتها العينية، لدي المتصرف اليه، يوم الحكم بشهر إفلاس المتصرف (المشتري الأصلي)، ومؤدي ذلك أن يكون الأخير قد أعاد بيع البضاعة بحالتها العينية .أي أن حق البائع في إسترداد الثمن يمارس بنفس شروط حقه في إسترداد البضاعة، اما الشرط الثاني فيتمثل في بقاء المتصرف اليه مديناً بكل أو بجزء من ثمن البضاعة(١).

لاشك أن منح البائع المحتفظ بملكية المبيع الحق في المطالبة بالثمن المستحق في ذمة المتصرف اليه يقوي مركزه الإئتماني ويزيد من فعالية شرط الإحتفاظ بالملكية في ضمان حقه. إلا أن هذه الميزة تفقد جوهرها بسبب ربط اعمالها ببقاء البضاعة علي حالتها العينية سواء عند التصرف فيها أو لدي المتصرف اليه يوم النطق بحكم افلاس المشتري الأول، حيث يندر ذلك عملاً، فغالباً ما تكون البضاعة قد تغيرت أو إندمجت أو تم التصرف فيها.

والغريب ان المشرع الفرنسي، رغم وجود البضاعة بحالتها لدي المتصرف اليه ، لم يقرر أحقية البائع الأصلي في إستردادها(٢) بل قصر حقه علي المطالبة بالمتبقي من ثمنها. فضل المشرع مصلحة الغير حسن النية علي مصلحة البائع، ولم يشأ المساس بمبدأ حيازة المنقول بحسن نية لأهميته في إستقرار المعاملات. من هنا تبدو أهمية القانون الألماني حيث

---

(1) Com. 27 mai 1986. Bull. Civ. IV., n. 102-12 Fév. 1991. Ibid. n. 72. J. Mestre. obs. op.cit.

(٢) إنظر ماسبق ص ١١٢ .

أقر إتفاق الأطراف علي مد نطاق شرط الإحتفاظ بالملكية سواء الي البضاعة في صورتها الجديدة[1] أو الي ثمن البيع الثاني حيث تتم حوالته مسبقاً الي البائع الأصلي[2].

المطلب الثالث

الدائن صاحب التأمين العينى على البضاعة المحتفظ بملكيتها

(أ) الوضع قبل التعديل :

يلزم لصحة الرهن ونفاذه أن يكون الراهن مالكاً للشئ المرهون، ومن ثم ليس للمشتري رهن المبيع الذي إحتفظ البائع بملكيته لحين إستيفاء الثمن. فإذا قام المشتري برهن المبيع لا يكون الرهن نافذاً في مواجهة البائع، ويحق له إسترداده عند تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن. ولكن حق البائع في الإسترداد يمكن أن يتعطل بسبب حيازة الدائن المرتهن للمنقول المبيع بحسن نية[3]. ليس للبائع أن يطلب إسترداد المبيع المحتفظ بملكيته، من بين يدي المرتهن الحائز بحسن نية أي يجهل وجود شرط الإحتفاظ بالملكية[4]. وتعتبر الحيازة قرينة علي حسن النية[5]، وله أن يتمسك

(١) انظر ماسبق ص ١٤٥ .

(٢) انظر مايلي ص١٩٠ .

(٣) المادة ٢٢٧٩ مدني فرنسي

Marty et Raynaud, Droit Civil,.T. 111, n. 69.

(4) Com. 3 Mars 1987, Bull. Transp. 1987.243-19 mai 1987, D. 1988, som. 12 obs. Derrida- 14 nov. 1989, R.d. Com. 1990. 253 obs. Bouloc-3 oct.1989, J.C.P. 1990. 2.21454 note Behar- Touchais. Coom. Com. 13Fev. 1990, Bnque 1990. 536 obs. Rives-Lange.

(٥) م ٣/٩٧٦ مدني مصري.

بالرهن في مواجهة البائع المحتفظ بملكية المبيع المرهون. ويقع علي عاتق البائع إثبات سوء نية الدائن المرتهن حتي يمكنه إسترداد المبيع من بين يديه[1].

ويثور التساؤل أيضاً بصدد العلاقة بين البائع الذي يحتفظ بملكيته المبيع والدائن صاحب حق إمتياز عليه، كما لو كان المبيع أثاث منزل وضعه المشتري في عقار إستأجره فثبت عليه إمتياز المؤجر[2]. ليس للبائع في هذه الحالة، إسترداد المبيع من صاحب الإمتياز حسن النية الا مثقلاً بهذا الإمتياز.

إذا كان من الممكن قيام التزاحم بين البائع الذى يحتفظ بملكية المبيع والدائن المرتهن أو صاحب حق الإمتياز الخاص، إلا أنه لا يتصور قيام التزاحم بين البائع وبين الدائن صاحب الإمتياز العام مثل الخزانة العامة، الذى يحق له إستيفاء دينه بالأولوية علي كل ما لدي المدين من أموال، منقولات أو عقارات، وقت التنفيذ، ذلك أن أحقية البائع في إسترداد المبيع تقيه مغبة الدخول في إجراءات التصفية الجماعية لأموال المشتري المفلس. وقد يضطر البائع الي الدخول في تلك الإجراءات في حالة عدم قبول دعوي الإسترداد. ويتأثر حق البائع، في هذه الحالة، شأنه في ذلك أن باقي

---

(١) نقض ١٩٨٣/٣/١١ طعن ٨٠٩ س٥٠ق، ١٩٨٦/١/٢٣ طعن ١٠٩٨ س٥٢ق، مجموعة القواعد القانونية التي أقرتها محكمة النقض في خمس سنوات ١٩٨٠-١٩٨٥، اعداد المستشار محمود نبيل البناوى، نادي القضاة، المجلد الثاني ١٩٨٩ ص١٠٧٧ .

(٢) وانظر كذلك فيما يتعلق بإمتياز الناقل:

Marty et Raynaud, op.cit. n432.

الدائنين، بوجود الديون الممتازة العامة، لأنها تتقدم علي غيرها من الديون.

(ب) الوضع بعد التعديل:

نري إختلاف الحكم بصدور قانون التجارة حيث عموم نص المادة ٢/ ١٠٦ من حيث نفاذ الشرط في مواجهة الغير، ولاشك أن لفظ الغير هنا ينصرف الي كل من يكتسب حقاً علي المبيع يتعارض مع شرط الإحتفاظ بملكيته. ومن المؤكد أن حق الدائن المرتهن يعد كذلك، ومن ثم فإن هذا الدائن لا يستطيع التمسك بالرهن في مواجهة البائع المحتفظ بملكية المبيع المرهون، ولو كان هذا الدائن حائزاً له بحسن نية، حيث يتعطل حكم قاعدة الحيازة في المنقول أمام هذا النص الخاص. ونفس الحكم بالنسبة للدائن صاحب حق الإمتياز. المهم أن يكون الشرط ثابتاً، كما رأينا، في ورقة مكتوبة ثابتة التاريخ قبل حق الدائن.

المبحث الثانى

تفادى مخاطر تصرف المشترى فى المبيع المحتفظ بملكيته

رأينا أن شرط الإحتفاظ بالملكية لا يمنع المشتري من التصرف في المبيع، ويحتج المتصرف اليه حسن النية بحقه قبل البائع، ويؤدي ذلك الي إهدار قيمة الشرط المذكور وجدواه في حفظ حقوق البائع قبل المشتري، مما أدي الي ظهور العديد من الشروط والصور التعاقدية في العمل وعبر إقتراحات الإتحادات المهنية بهدف تنظيم حقوق وإلتزامات المشتري قبل الوفاء بالثمن علي نحو يضمن عدم التصرف في المال المبيع والمساس بحقوق البائع. ونعرض لتلك المحاولات لبيان فعاليتها والمآخذ التي سجلت عليها.

(أ) عقد الوديعة:

يدرج البائع والمشتري، أحياناً، في العقد المبرم بينهما شرطاً مؤداه أن المشتري يحوز البضاعة المسلمة اليه قبل الوفاء بالثمن علي سبيل الوديعة. مؤدي ذلك وجود عقد وديعة بين الطرفين يحكم العلاقة بينهما في مرحلة الوفاء بالثمن. يتميز هذا الإتفاق بأنه يتضمن تحذيراً هاماً للمشتري بعدم التصرف في المبيع، في هذه المرحلة، والا تعرض للعقوبة المقررة لجريمة خيانة الأمانة. ان عقد الوديعة يعد عقد أمانة. فإذا تصرف المشتري في المبيع قبل الوفاء بالثمن إعتبر مبدداً. يضمن البائع بذلك بقاء المبيع في يد المشتري حتي يستوفي كامل الثمن.

يتعرض هذه الإتجاهات لعدة إنتقادات، من جانب الفقه[1]، أهمها:

أولاً : ليس من المقطوع به أن يكون بسط الحماية الجنائية علي العلاقات التجارية من الأمور المستحبة. فتزايد تطبيق الجزاء الجنائي يمكن أن يؤدى الي شل هذه العلاقات، وتجميدها، مما قد يدفع القضاء الي الإحجام عن تطبيقه، ويستتبع ذلك إضعاف قوة الزجر الكامنة في القانون الجنائي.

ثانياً : أبدت المحاكم تحفظاً كبيراً في قبول مثل هذا التكييف، وإتجهت الي الأخذ بالتكييف الحقيقي للعقد علي أنه بيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية. أدي هذا الموقف القضائي الي تناقص اللجوء الي تلك الصياغة في العمل، ومن الصعب تشبيه البضاعة المبيعة، قبل دفع الثمن، بالبضاعة المودعة نظراً لأن الإيداع يكون مؤقتاً في الوديعة، ويقع علي عاتق المودع التزام أساسي بالرد.

ثالثاً : أن القول بوجود عقد مركب من عقدين: وديعة تسبق البيع بين نفس المتعاقدين، يستتبع، عملاً، وجود تناقض في الغايات التعاقدية، مما يثير العديد من المشاكل الدقيقة بسبب خضوع البيع، قبل دفع الثمن، لأحكام البيع والوديعة في ذات الوقت. مثال ذلك إعتبار البائع مسئولاً منذ تسليم البضاعة، عن العيوب الخفية والاضرار الناجمة عنها. تطبيقاً لأحكام مسئولية البائع المهني. ويتعارض ذلك، بطبيعة الحال، مع إضفاء وصف الوديعة علي تلك العلاقة.[2]

(1) J.Ghestin, Reflexions, op.cit, n. 27.

(٢) نفس الموضع.

(ب) عارية الإستعمال :

يلجأ الأطراف، أحياناً، الي تكملة شرط الإحتفاظ بالملكية بشرط اضافي يسمح للمشتري بإستعمال المبيع علي نحو يقربنا من عارية الإستعمال. يتمثل الشرط الإضافي، أحياناً أخري، في السماح للمشتري بتحويل المبيع أي تغيير طبيعته أو إعادة بيعه بحالته أو بعد تحويله.

تتميز هذه الصياغة بتمكين المشتري من الإنتفاع بالمبيع علي نحو يحقق الغاية من شرائه. ولكن يؤخذ علي السماح للمشتري بالتصرف المادي أو القانوني في المبيع أنه قد يفقد شرط الإحتفاظ بالملكية فعاليته في ضمان حقوق البائع، ذلك أن حقه في إسترداد المبيع يسقط بتغير حالته العينية أو بالتصرف فيه الي الغير حسن النية.[1]

أضف الى ذلك أنه من الصعب، بصفة عامة، الإحتجاج علي الغير بالشروط التعاقدية، التى يدرجها الأطراف في العقد. ولم يتقرر سريان شرط الإحتفاظ بالملكية قبل الغير إنطلاقاً من إتجاه ارادة الأطراف اليه في عقد البيع بل إستناداً الى إرادة المشرع المعلنة في قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ الفرنسي القاضي بنفاذ الشرط المذكور قبل الدائنين. ولم يذهب المشرع الي أبعد من ذلك حيث ظلت قاعدة الحيازة بحسن نية تتمتع بحماية كاملة في هذا المجال. ولا يجوز الإحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية علي الغير الذي يحوز المبيع بحسن نية[2]. وعلي هذا الأساس، فإن الشروط التعاقدية الواردة في

(١) انظر ماسبق ص ١٣٤، ١٧٠ .

(٢) انظر ما سبق ص ١٧٠ .

العقد، الذي يحتفظ فيه البائع بملكية المبيع لا تسري، من حيث المبدأ، قبل الغير إلا إذا كان علي علم فعلي بها طبقاً للقواعد العامة في نفاذ العقد.[١]

(حـ) حق عينى جديد :

يختلف الامر، بلا شك، فيما يتعلق بنفاذ الشرط قبل الغير، في حالة ما إذا انطوي إتفاق الأطراف علي إنشاء حق عيني حقيقي وليس مجرد إلتزام. والسؤال الذي يطرح نفسه هو معرفة ما إذا كان من الممكن تجزئة حق الملكية الي حقوق عينية أخري غير تلك المحددة في القانون المدني. وبعبارة أخري، هل يمكن، بإتفاق الأطراف علي توزيع عناصر الملكية بين البائع والمشتري، إنشاء حق عيني جديد لم ينظمه المشرع؟[٢].

يتبادر الي الذهن مباشرة حكم فرنسي قديم صادر عن غرفة العرائض مقرراً المبدأ الآتي: «ان نصوص المواد ٥٤٤ و٥٥٢ من التقنين المدني تكشف عن القواعد العامة فيما يتعلق بطبيعة وآثار الملكية، ولا تعتبر نصوصاً تحريمية، فلا تستبعد هذه النصوص أو غيرها إمكانية تعديل أو تجزئة حق الملكية»[٣].

(1) T. Ghestin, Traité de droit Civil, T. 2, Le Contrat, 1980, n. 347.
(2) J. Ghestin, Reflexions.., op.cit, n.30
(3) S. 1934, 1,205-D.P. 1934. 1. 118.

يستند الفقه المؤيد لتجزئة حق الملكية وخلق حقوق عينية جديدة الي مبدأ الحرية التعاقدية[1]. فهل يمكن القول، إستناداً الي ذلك الإتجاه، بأن الإتفاق علي شرط الإحتفاظ بالملكية يؤدي الي تجزئة حق الملكية بين البائع والمشتري حيث يمكن للأخير إستعمال البضاعة فقط دون التصرف فيها قانوناً أو مادياً؟

يري الفقه الألمانى ان المشتري، في البيع مع الإحتفاظ بالملكية، ليس مالكاً ولكنه صاحب حق يسمي بالألمانية AnwartsChaftrserchet[2]. لعل خصائص هذا الحق تساعد في الكشف عن مضمونه وطبيعته. فهو يخول المشتري مكنة حيازة المبيع والإنتفاع به، ويمكنه أن يقتضي حماية هذا الحق علي أساس المسئولية التقصيرية في حالة الإعتداء عليه من قبل الغير. ويمثل هذا الحق قيمة إقتصادية معينة تتزايد مع إرتفاع نسبة الوفاء بالثمن. يجوز للمشتري التصرف في حقه طبقاً لوسائل نقل الملكية دون وسائل حوالة الحق. ويتم التصرف، في الغالب، لصالح البنك، علي سبيل الضمان، بهدف الحصول علي الإئتمان. ويستطيع دائنو المشتري توقيع الحجز علي حقه السابق، وإن كان هناك خلاف حول كيفية ونظام مباشرة الحجز الذي يكون مهدداً بإحتمال قيام البائع بفسخ البيع[3].

(1) Cf. Chr. Atias, Droit Civil, Les Biens, vol. 1.1980, P. 61s., n. 39- Weill, les biens, 1970, n. 10, note 4- J.Derrupé, la nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droit réels et des droit de Créance, thèse, Toulous 1952, n. 257, P. 295.

(٢) لعل أقرب ترجمة للكلمة بالفرنسية هي: "Droit d'expectaive" حق مرتقب أو حق في دور التكوين "Droit embryonnaire"

M. Pédamon, Gaz.Pal. 1981. op.cit.

(3) M. Pédamon, op.cit, Gaz Pal 1981.

يختلف الفقه حول الطبيعة القانونية لحق المشتري السابق بين قائل بأنه حق شخصي، أو أنه حق عيني أو أنه حق ذو طبيعة خاصة وسط بين الحقوق الشخصية والحقوق العينية. ويقر القضاء هذا الحق دون أن يضفي عليه تكييفاً محدداً، إلا أنه يستخدم للتعبير عنه تعبيرات معينة مثل: «حق مشابه للحق الكامل»، «مجرد مرحلة للملكية». «ليس شيئاً آخر غير الملكية، وهو ان كان أقل درجة إلا أنه من نفس طبيعتها».

حاول البعض، علي ضوء المعطيات السابقة في كل من القانونين الفرنسي والألماني، الوصول الي نتيجة مؤداها ان شرط الإحتفاظ بالملكية يكشف عن ميلاد حق عيني جديد ناجم عن تجزئة حق الملكية بطريقة مغايرة للفصل الموجود بين عناصرها الثلاثة: استعمال، إنتفاع، تصرف[1].

يصعب قبول ذلك الإتجاه لأن مكنة تجزئة حق الملكية التي يتكلم عنها هذا الإتجاه هي، بإعترافهم، مكنة نظرية لم توضع موضع التنفيذ في العمل أو في القضاء[2]. وحتي بالنسبة للأحكام التي يستندون اليها للقول بحرية إنشاء حقوق عينية جديدة فإنها تقتصر علي إمكانية فصل ملكية العلو عن ملكية السفل أو فصل ملكية الثمار والمنتجات عن ملكية الأرض. وينطوي ذلك علي إقرار فكرة الملكية المشتركة. وبعبارة أخري فإن الحقوق العينية التي يبدو ان هذه الأحكام تسمح بإنشائها تنجم عن تجزئة الملكية

(1) Orscheid, Possession et Clause de reserve de resrve de propriété en droit français et Allemand, R. int. d. com. 1983. 767.
(2) Atias, op.cit.- Marty et Raynaud, T.2 Vol 2, Les biens, n.8.

الي حقوق من نفس النوع، تحت أي شكل من أشكال الملكية المشتركة، وليست حقوقاً عينية جديدة[١].

اضف الي ذلك أن حرية الأطراف في الإتفاق علي إنشاء حقوق عينية جديدة تصطدم بعقبتين: الأولي، إذا كنا بصدد حق عيني مطلق فإنه ينبغي علي الكافة الإلتزام بإحترامه. ولا يتفق ذلك، بطبيعة الحال، مع مبدأ نسبية أثر العقد المنشئ له. الثانية، تربط الصياغة القانونية الحديثة إنشاء الحق العيني بالشهر الذي من شأنه إعلام الغير به[٢]. ولا يمكن أن تتم هذه الإجراءات، بصفة عامة، الا بالنسبة للحقوق والتصرفات التي ينص عليها القانون[٣].

يضيف البعض ان الحرية التعاقدية تتقيد بالنظام العام المتصل مباشرة بطرق إنتقال الأموال وسلامة الإتفاقات، علي نحو يصعب معه قبول إنشاء الأفراد، بمحض إرادتهم، لحقوق يحتج بها علي الكافة وما قد يستتبع ذلك من مخاطر ومضايقات جماعية. ويستشهد هذا الإتجاه بقانون أول يونيو ١٩٢٤ الذي ينص، بصدد منطقتي الإلزاس واللورين، علي «ان الحقوق العينية العقارية هي فقط تلك التي ينص عليها القانون الفرنسي»[٤].

---

(1) Weill, op.cit., n. 10, note1.

(2) Marty et Raynaud, op.cit.

(3) Weill, op.cit.

(4) Ibid-Cf. Paris. 2 mars 1979, J.C.P. 1980. 11.198351, note R. Plaisant.

وأخيراً فإن الحديث عن تقسيم جديد لحق الملكية ليس أمراً ميسوراً. هل يتعلق الامر بقسمة كمية تتعلق باجزاء الحق أم بقسمة كيفية تتعلق بخصائصه؟ لا ينبغي القياس علي الوضع في القانون الألماني الذي ينظم بصفة أساسية مراكز دائمة. فحق المشتري AnwartsChaftsrecht ينبغي النظر اليه من قبيل الإستخلاف الذي يتم علي نفس الحق بين شخصين، المالك السابق والمالك اللاحق. فهو يمثل مرحلة إنتقالية في التطور التدريجي لفقدان الحق من قبل مالكه القديم وإكتساب هذا الحق من جانب مالكه الجديد. يكتمل هذا التطور بدفع كامل الثمن[١].

(د) الشرط المانع من التصرف:

نظراً لأن قيام المشتري بإعادة بيع البضاعة يهدر عملاً، فعالية شرط الإحتفاظ بالملكية في ضمان حقوق البائع، نجده يحرص، أحياناً، علي النص صراحة في العقد علي حظر التصرف في المبيع. يمكن تصور هذا الحظر بوضوح في حالة البيع الوارد علي بضائع للتجهيز مخصصة لإستخدام المشتري. ولكن الجزاء المقرر في حالة مخالفة الحظر يبدو محدوداً نظراً لأننا أمام مجرد إلتزام بالإمتناع عن عمل ينقلب، في حالة الإخلال به الي إلتزام بالتعويض[٢].

ويعصب تصور حظر إعادة البيع في حالة البضاعة التي يشتريها

---

(1) M. Pédamon, Rapport op.cit, p. 55.

(٢) م ١١٤٢ مدني فرنسي، م٢١٢: ٢١٤ مدني مصري. وينبغي ملاحظة أن التصرف الذي يتم بالمخالفة للشرط المانع يقع باطلاً. إنظر تفصيل ذلك وفي المقارنة بين الشرطين ما سبق ص ٦٥.

المشتري لهذا الغرض، كما لو تعلق الامر بتوريد بضاعة من تاجر جملة الي تاجر تجزئة، إذ يشكل الحظر في هذه الحالة، عقبة أمام المجرى الطبيعي للنشاط التجاري. وإذا إضطر المشتري لهذا النوع من البضاعة الي قبول شرط الإحتفاظ بالملكية المفروض عليه من قبل المتعاملين معه، لا يكون أمامه سوي عدة حلول: أما الشراء نقداً، واما دفع الثمن من ميزانيته الخاصة علي دفعات تتواكب مع مراحل إعادة بيع البضاعة، واما دفع الثمن علي مراحل من مصدر تمويل خارجي[١] أي الحصول علي إئتمان مناسب[٢].

(هـ) البيع الإيجارى والتأجير الإئتمانى:

تفادياً لتصرف المشتري في المبيع يلجأ البائع، أحياناً، الي إضفاء وصف الإيجار علي العلاقة التعاقدية التي تربطه بالمشتري، وذلك عن طريق ما يسمي بالبيع الإيجاري والتأجير الإئتماني[٣]. يحقق هذا الوصف المزيد من الفعالية لضمانة الملكية التي يحتفظ بها البائع، نظراً لأن المشتري لا يستطيع التصرف في المبيع قبل سداد الثمن وإلا إعتبر مبدداً. ويجوز للبائع، بوصفه مؤجراً، إسترداد المبيع في أي وقت من المشتري ولو في مواجهة جماعة الدائنين.

سبق أن رأينا عدم فعالية تلك الطريقة في ضمان حق البائع، نظراً لأن القضاء يرفض ذلك التكييف الذي يضفيه الأطراف علي العلاقة ويسبغ عليها وصفها الصحيح كبيع[٤]. وقد نص المشرع المصري علي ذلك

(1) J. Acquaviva et C. Barcot, op.cit, n. 086, 087.

(٢) انظر مايلي ص١٩٣ .

(٣) انظر ماسبق ص ٢٧، ٣٣ .

(٤) نفس الموضع.

صراحة في المادة ٤/٤٣٠ بقوله: «وتسري أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً».

الخلاصة:

يتضح مما سبق ان شرط الإحتفاظ بالملكية لا يقي البائع مخاطر تصرف المشتري في المبيع قبل سداد الثمن. ولم تكشف الإتفاقات البديلة أو التكميلية لهذا الشرط عن جدواها في هذا المقام. ولعل السبب وراء ذلك هو إعمال قاعدة حيازة المنقول بحسن نية. لذا ينادي البعض بوجوب تدخل المشرع للنص علي أحقية البائع في إسترداد المبيع المحتفظ بملكيته ليس فقط من المدين أو من جماعة الدائنين بل أيضاً من الغير حسن النية[1]. ولكن حيوية قاعدة الحيازة في إستقرار المعاملات عامة أو النشاط التجاري خاصة، تفوق لدي المشرع، أحياناً، المصلحة التي يحققها شرط الإحتفاظ بالملكية للبائع، لذا نجده قد توقف عند هذا الحد دون المساس بتلك القاعدة [2]. ولكن المشرع المصري خرج حديثاً علي هذه القاعدة لصالح شرط الإحتفاظ بالملكية وذلك لتقويته كما رأينا،

ولعل من الملائم البحث عن وسيلة مناسبة لشهر شرط الإحتفاظ بالملكية حتي يكون الغير علي علم به قبل التعامل مع المشتري. وينبغي التحفظ في إختيار تلك الوسيلة حتي تتناسب مع

---

(1) J. Hemard et B. Bouloc, obs.. R.D.Com. 1987, P. 408.

(٢) انظر ماسبق ص ١٧٠، ١٧٥ .

طبيعة المنقول من جهة وما تتميز به العلاقات التجارية من سرعة وبساطة من جهة أخري[1].

ويمكن من ناحية أخري التأقلم مع الواقع[2] والبحث عن وسائل ضمان تكفل حق البائع في حالة تصرف المشتري في المبيع، خاصة وان البائع قد يجيز هذا التصرف لأن طبيعة الإنتفاع بالبضاعة يقتضي حرية تصرف المشتري فيها، كما في حالة البضاعة المعدة للتوزيع أو الإستهلاك والتي يتم تداولها بين المصانع والتجار أو تاجر جملة وتاجر تجزئة. ما هي تلك الوسائل التي من شأنها التوفيق بين إعتبارين جوهريين: ضمن حق البائع في الثمن من جهة، وسهولة تحرك البضاعة عبر التبادل التجاري من خلال إطلاق حرية المشتري في التصرف فيها من جهة أخري. وهذا ما نعرض له في المبحث التالي.

---

(١) انظر ماسبق ص ١٢٧ .

(٢) وهذا هو منحي القانون الالماني، كما سنري، انظر مايلي ص١٩٠ .

المبحث الثالث

ضمانات البائع فى حالة تصرف المشترى فى المبيع المحتفظ بملكيته

رأينا ان شرط الإحتفاظ بالملكية لا يمنع، من الناحية العملية، المشتري من التصرف في البضاعة قبل الوفاء بالثمن. ولا توجد، كقاعدة عامة، وسيلة قانونية حاسمة لمنع المشتري من إجراء هذا التصرف الذي قد يترتب عليه إهدار حقوق البائع اذا كان المتصرف اليه حسن النية. لذا ينبغي، في هذه الحالة، أن يتوقع البائع وقوع التصرف، بل ولعله من الأنسب التصريح به، خاصة إذا كانت البضاعة معدة للإستهلاك أو للإتجار فيها، حتي يتمكن المشتري من إنعاش نشاطه الذي يساعده علي سداد الثمن [1]. ويستطيع البائع أخذ الضمانات التي تكفل له إستيفاء حقه من ثمار التصرف الذي يجريه المشتري في البضاعة.

أسفر العمل عن عدة صيغ يمكن تضمينها الإتفاق المرخص للمشتري بالتصرف في المبيع الذي يحتفظ البائع بملكيته لحين إستيفاء كامل الثمن. نعرض لها فيمايلي [2]:

١ - يجوز الإتفاق صراحة علي أنه في حالة إعادة بيع المشتري للمبيع نقداً، يلتزم بالوفاء الفوري بالثمن المتبقي منه عليه للبائع، أي أن

---

(١) انظر ماسبق ص ١٨٦ .

(٢) انظر في تفصيل ذلك J.Acquaviva et C. Barcot, op.cit, n. 098 et s.

الوفاء يتم، في هذه الحالة، قبل حلول الميعاد المتفق عليه أصلاً. وإذا تم البيع الثاني بثمن مؤجل، فإن الوفاء بالثمن الأصلي يتم في نفس موعد الوفاء بالثمن الجديد إذا كان أفضل للبائع. فالبائع الأصلي يستفيد من البيع الجديد من خلال الحصول علي حقه في الثمن قبل حلول الاجل المحدد له.

لا يشكل مثل هذا الإتفاق ضمانة قوية للبائع لأن المشتري، رغم إعادة بيعه للبضاعة، قد يتخلف عن الوفاء بالثمن، اذ لا يوجد ما يضمن تنفيذ إلتزامه سوي القواعد العامة، ومن ثم فإن جزاء تخلفه عن تنفيذ إلتزامه يتمثل في النهاية في التزامه بالتعويض. يفقد البائع، فى هذه الحالة، حقه في إسترداد المبيع الذي تم التصرف فيه للغير.

ينبغي، مع ذلك، الإشارة الي أن الإتفاق المذكور، رغم النقد الموجه اليه، وان لم يضمن بدرجة كافية حق البائع، إلا أنه لا يزيد مركزه سوءاً، لأن إمكانية قيام المشتري بالتصرف في المبيع، المحتفظ بملكيته، قائمة، حتي ولو كان هناك شرط صريح في عقد البيع يحظر عليه التصرف فيه، لأن مثل هذا الشرط يفقد قيمته، من حيث المبدأ، قبل المتصرف اليه الحائز بحسن نية.

٢- يجوز الإتفاق علي أنه في حالة قيام المشتري بالتصرف في البضاعة للغير، يلتزم المشتري المتصرف اليه بالوفاء للبائع الأصلي بالثمن المستحق له وذلك من المبالغ الموجودة في ذمته للمتصرف

(البائع الثاني) . يعد ذلك تطبيقاً للإنابة الناقصة في الوفا [1]. حيث يكون للدائن (البائع الأصلي) مدينان بنفس الدين: المشتري الأول والمشتري الثاني. وليس من مصلحة البائع قبول الإنابة الكاملة التي تتضمن تجديداً بتغيير المدين، ويترتب عليها براءة ذمة المشتري الأول قبله، وعلي أية حال فالتجديد لا يفترض، فإذا لم يوجد إتفاق واضح علي الإنابة الكاملة، كنا بصدد إنابة ناقصة [2].

يعيب هذه الصورة انها تنحصر، كسابقتها، في إلزام المدين باداء معين ينقلب الي مجرد التزام بالتعويض في حالة عدم التنفيذ. ومن ثم فإننا نحيل الي ذات التعليق السابق. أضف الي ذلك ان من شأن تلك الطريقه تبصرة كافة الأطراف بالثمن الحقيقي للصفقة الأولي والثانية مما قد يتعارض مع أساليب التعامل التجاري ومقتضيات السرية فيه بهدف المضاربة وتحقيق الربح.

٣- ويجوز الإتفاق علي أنه في حالة إعادة بيع البضاعة بثمن مؤجل، يتم تحرير هذا الثمن في ورقة تجارية، ويقوم المشتري الأصلي بتظهير هذه الورقة للبائع علي سبيل الضمان (تظهير تأميني) لحين حلول موعد إستحقاق حقه في الثمن.

ومن الجدير بالذكر ان إعادة بيع المبيع المحتفظ بملكيته للغير بثمن مؤجل يخول البائع الاصلي الحق في طلب الثمن الموجود في ذمة

---

(١) م ١٢٧٥ مدني فرنسي، م٣٥٩: ٣٦١ .

(٢) نقض ١٣/٥/١٩٦٥ المجموعة س١٦ ص٥٨٣، ٣٠/٦/١٩٧٧ المجموعة س٢٨ ص١٥٤٣ .

المتصرف اليه [١]. ومن ثم فإن الإتفاق علي أن يؤدي المشتري ما في ذمته للبائع الأصلي لا يضيف جديداً الا إذا تمثل ذلك في ورقة تجارية يحررها الأول للبائع الثاني الذي يقوم بدوره بتظهيرها للبائع الاصلي. تتميز تلك الطريقة بأنهاتقيه مغبة تحايل الطرفين علي إسقاط حقه في طلب الثمن، الموجود في ذمة المتصرف اليه الثاني، من خلال الوفاء به قبل الموعد المحدد له.

تتعرض هذه الصورة بدورها لنفس الإنتقادات السابقة من حيث طبيعة التزام المدين كإلتزام بأداء ينقلب الي مجرد إلتزام بالتعويض في حالة عدم التنفيذ. وتقل قيمة الوفاء بمثل هذا الإلتزام في حالة إفلاس المدين. هذا بالإضافة الي كشف سرية الصفقة ومعرفة كافة عناصرها.

٤- ويمكن الإتفاق علي أن يحيل المشتري حقوقه، الناجمة عن إعادة البيع، الي البائع. كان هذا الإتفاق مدرجاً ضمن نصوص قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ الفرنسي، حيث كانت المادة الثانية منه تقضي بأن المشتري الراغب في إعادة بيع البضاعة، التي يحتفظ البائع بملكيتها، قبل الوفاء بثمنها، يمكنه أن يحيل للبائع، علي سبيل الضمان، حقوقه المتولدة عن تلك الصفقة [٢]. إلا أنه تم حذف النص أثناء الإعمال التحضيرية بسبب تردد القضاء حول الإعتراف بإمكان حوالة الحق الإحتمالي[٣]. ولكن الفكرة ظلت تراود المشرع بدليل

---

(١) انظر ماسبق ص ١٧٢ .

(2) Art. 2 de la proposition de la loi Dubanchet. Sénat Documents Parlementaires, 77-78, n. 407, P. 8 in fine.

(3) J. C'l Civil, art 1689 à 1695, Fasc. A, Par, Pierre Gode, n. 47 et la jurisprudence Citée.

إعـادة طرح مناقشتـها وتبنيـها بمنـاسبـة القـانون الخـاص بتسـهيل منح الإئتمان للمشروعات(١).

أما القانون الألماني فقد إتسع حكمه ليشمل الشرط الممتد، مؤدي ذلك أن الشرط، بسيطاً كـان أو ممتداً، يكون نافذاً قبل دائني المشـتري. وقد رأينا من صـور إمـتداد الشـرط إنتـقال حق البائع الي البـضاعـة المحـولة فى صـورتها الجديدة(٢).

يجيز القانون الإلماني أيضاً إنتقال حق البائع الي ثمن البضاعـة المحتفظ بملكيتها في حالة إعادة بيعها، ويتم ذلك عن طريق شرط الحوالة المسبقة للحقوق المستقبلة أي الحقوق التي ستنشأ عن إعادة بيع المشتري للبضاعة المسلمة اليه. ويتم ذلك عملاً في حالة المشتري التاجر الذي لا يحصل علي البضاعة من المورد الا بقصد إعادة بيعها. ويقتضي ذلك بالضرورة التصريح له بإعادة بيع البضائع. ومن ثم فإن المجال الحقيقي لمثل هذا الإتفاق هو العلاقة بين تجار الجملة وتجار التجزئة.

---

(١) وهو القانون المسمي بقانون ديلي الصادر في ٢ يناير ١٩٨١، والذي تم تعديله في ٢٤ يناير ١٩٨٤، إنظر مايلي ص١٩٤، ويعد هذا القانون تطوراً محلوظاً في القانون الفرنسي بالنسبة للتصرف الإئتماني عامة ونقل الحقوق علي سبيل الضمان بصفة خاصة. إنظر ماسبق ص٧٤. ولاشك ان للقانون الالماني تأثير واضح في هذا المقام.

وانظر فيما يتعلق بالأعمال التحضرية للقانون.

La proprosition de loi Dailly tenat à facilliter le Crédit aux entreprises. Sénat Documents parlementaires, 79-80, n. 205 et J.O., Debat Sénat 29 juin 1980, P. 3280.

وانظر في تطور القضاء الفرنسي بعد صدور القانون المذكور مايلي ص ١٩٥ .

(٢) انظر ماسبق ص ١٤٦ .

تؤدي الحوالة المسبقة الي إمتداد شرط الإحتفاظ بالملكية البسيط الذي ينقضي في حالة إعادة بيع المشتري للبضاعة. أن من شأن الحوالة إيجاد نوع من إستبدالّ التأمين، حيث يحل الثمن محل البضاعة في ضمان حق البائع. تتم الحوالة بمجرد تبادل التراضي بين المورد والمشتري، ولا يشترط أي إجراء شكلي ولا يلزم حتي مجرد إخطار المدين المحال عليه. كان القضاء، في فترة معينة، يشترط ان تكون الحقوق المحالة علي سبيل الضمان محددة. يكتفي القضاء حالياً بقابلية تلك الحقوق للتحديد. وقد ترتب علي ذلك عملاً وجود شرط الحوالة المسبقة، بصفة دائمة. ضمن الشروط العامة لبيع التوريد التي يُخضع لها الأطراف، صراحة أو ضمناً، علاقتهم التعاقدية.

ويحتفظ المشتري الأصلي بالحق في أن يقوم بنفسه بتحصيل الحقوق التي أحالها الي البائع. ويظل محتفظاً بهذا الحق طالما إحترم تعهداته فيما يتعلق بالوفاء بثمن البضاعة المسلمة اليه. وإذا أخل بتعهداته كان عليه أن يزود المورد بأسماء مدينيه ومقدار حقوقه قبلهم حتي يقوم بتحصيلها منهم.

ينتشر شرط الحوالة المسبقة علي صعيد واسع في الحياة التجارية الألمانية[1]. ولكن إعماله يصطدم، في بعض الأحيان، بمعارضة بعض المدينين (المتصرف اليهم في البضاعة). يشترط كبار الموزعين أو العملاء

---

(١) يستتبع ذلك الإنتشار- قيام نوع من التنازع، أحياناً، بين أكثر من حوالة علي نفس الحق. فقد يقع التنازع بين حوالة المشتري المسبقة لحقوقه قبل من يتصرف اليهم في البضاعة للبائع المحتفظ بملكيتها، والحوالة الشاملة التي يبرمها مع أحد البنوك.

M. Pédamon, Gaz.Pal. 1981, op.cit.

عدم قابلية دين ثمن البضاعة المسلمة إليهم للحوالة. وقد يشترطون لإمكانية حوالة هذا الدين الحصول علي موافقتهم. وترفض المحكمة العليا[1] ترتيب أي جزاء علي مخالفة هذه الشروط التي يري الفقه أنها تتعارض، بصفة عامة مع المفاهيم الحديثة للإئتمان والتأمينات [2].

ويجوز ألا يقتصر شرط الإحتفاظ بالملكية علي ضمان دين ثمن المبيع بل يمكن أن يمتد ليضمن كل ديون المشتري قبل البائع الذي يظل محتفظاً بملكية البضاعة المسلمة الي حين إستيفاء كافة حقوقه قبل المشتري أو كل الحقوق الناجمة عن جميع المعاملات التجارية بينهما. ويمكن أن يتسع الشرط لضمان ديون المتري قبل الموردين الآخرين الذين يرتبطون بعلاقات تجارية مع البائع [3].

ويمكن الأخذ بكافة الإتفاقات السابقة في ظل القانون المصري، حيث ويمكن ان تلعب تلك الإتفاقات دوراً هاماً في ضمان حقوق البائع قبل المشتري [4].

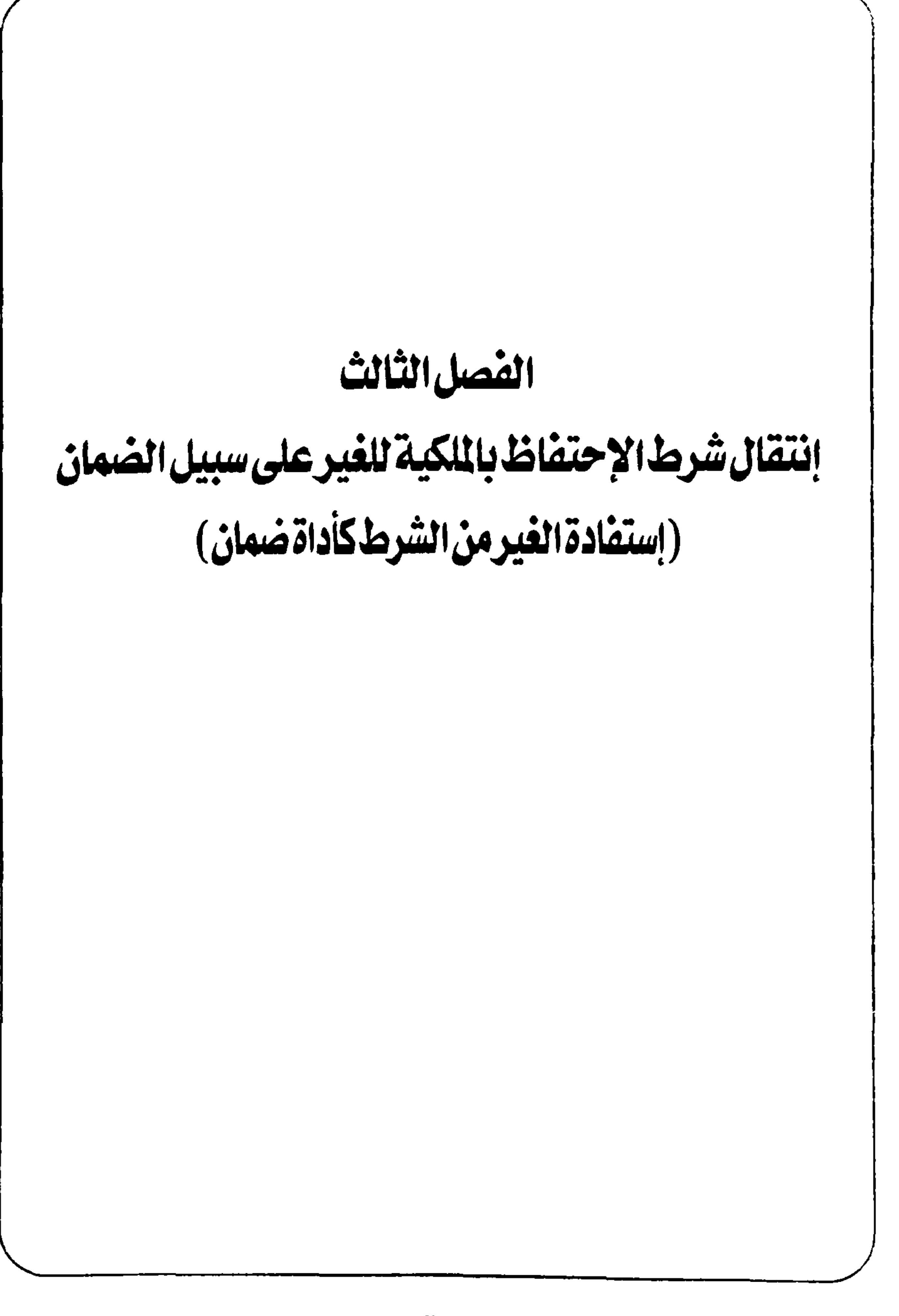
---

(1) La Cour fédéral (Bundesgerichtshof)

(2) M. Pédamon, op.cit.

(٣) نفس المرجع.

(٤) انظر ماسبق ص ١٠٩، وينبغي الإشارة، طبيعة الحال، الي أن حوالة الحق تخضع لأحكام المواد ٣٠٣: ٣١٤ مدني.



الفصل الثالث

إنتقال شرط الإحتفاظ بالملكية للغير على سبيل الضمان

(إستفادة الغير من الشرط كأداة ضمان)

تمهيد:

ان شرط الإحتفاظ بالملكية وسيلة لضمان حق البائع في الثمن. وتؤدي فعالية هذا الشرط الي تشجيع الإئتمان، حيث يقبل المورد، بسهولة، توريد البضاعة للعميل، ولو لم يستوف الثمن، مع الإحتفاظ بملكيتها لحين إستيفاء حقه. يؤدي ذلك الي إزدهار النشاط التجاري وتوافر السيولة النقدية لإستغلالها في مجالاتها الضرورية.

ولكن الشرط المذكور يمكن أن يؤدي، من ناحية أخري، الي جمود التبادل التجاري حيث يقيد حرية المشتري في إستغلال البضاعة والتصرف فيها خلال فترة ما قبل الوفاء بالثمن، ويتعارض ذلك، أحياناً، مع طبيعة البضاعة والهدف من التعامل فيها، مما قد يدفع المشتري الي محاولة الاقتراض لإتمام الوفاء بالثمن، وهو في سبيل ذلك قد يقوم برهن البضاعة للمقرض أو يعيد بيعها إليه وشراءها منه مرة أخري تحت شرط الإحتفاظ بالملكية. ويمكن أن يلجأ المشتري الي الحصول علي إذن البائع بالتصرف في البضاعة مع ضمان حقه في إستيفاء الثمن من حصيلة هذا التصرف[1]. وقد يحتاج البائع نفسه الي الإئتمان. فهل يستطيع نقل شرط الإحتفاظ بالملكية الي الممول علي سبيل الضمان؟

يتضح من ذلك أن المشكلة الرئيسية تكمن في الإئتمان والتمويل، وذلك هو محور النشاط التجاري. يقتضي الامر تدخل أكثر من طرف ونشوء عدة علاقات قانونية متشابكة بين المقرض والممول من جهة وأطراف العقد من

---

(١) انظر ماسبق ص١٩٣ .

جهة أخري. يحرص كل طرف علي ضمان حقوقه من ناحية وتيسير حصوله علي الإئتمان اللازم من ناحية أخري.

ان حصول البائع أو المشتري علي الإئتمان اللازم يمكن أن يتم من خلال نقل الإستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية علي سبيل الضمان (١). توجد عدة وسائل فنية لتحقيق ذلك الغرض تتمثل في: حوالة الحق، الحلول الإتفاقي، التنازل عن العقد، البيع المزدوج. نعرض لكل منها علي التوالي، ثم نبين موقف القضاء الفرنسي، ونعرض أخيراً للمسألة في القانون المصري (٢).

(1) A. Ghozi, Nature juridique et transmissibilité de la Clause de résérve de propriété, D. 1986, P.317- Solinne, La transmission de la propriété. Gaz. Pal 1985.1.187.

(٢) انظر بالنسبة للقانون الالماني ماسبق ص١٤٦، ١٩٠ .

المبحث الأول

حوالـــة الحـــق

تتـمثل حـوالة الحق في إتفـاق الدائن مع أجنبي علي أن يحـيل له حـقه الموجـود في ذمة مـدين معين. وتتـم الحوالة دون حـاجة الي رضـاء المدين، إلا أنها لا تكون نافـذة قبل المدين أو قبل الغيـر إلا إذا قبلهـا المدين أو أعلن بهـا. ويلزم لنفاذ الحـوالة قبل الغيـر أن يكون قبول المـدين لهـا ثابت التـاريخ (م٣٠٥ مدني مصري)(١).

وتقـضي المادة ١٦٩٠ مـدنـي فـرنـسي بنفس المعنـي، وان كـانت تـتطلب، لنفاذ الحـوالة، أن يكون قبـول المدين لها قد تم بتصرف رسمـي. وتقف هذه الشكليـة عـقبـة أمـام إسـتـخـدام حـوالة الحق في المسائل التـجـارية، لذا جـاءت التـعديلات التـشـريعيـة الحديثـة بهـدف التخفيـف منها. تمثل ذلك في صـدور قانون ديلي في ٢ يناير ١٩٨١ والذي تم تعديله بقانون ٢٤ يناير ١٩٨٤(٢).

يسمح القـانون بجـعل الديون المهنيـة الحـاضرة والمستقبلة أداة إئتمان إما

---

(١) انظر بالنسبة للقانون الالماني ماسبق ص١٤٦، ١٩٠ .

(٢) وتم ذلك عن طـريق مـشـروع القـانون المقـدم أمـام مـجلس الشـيـوخ من أحـد الأعـضـاء .M Dailly الرامي الي تسهيل تداول الحقوق التجارية عن طريق السماح بحوالتها الي البنوك أو المؤسسات المالية بمجرد تسليم القائمة أو الحافظة التي تتضمنها.

Sénat Documents parlementaires79-80, n. 205 et J.O..: Débat Sénat, 29 juin 1980, P.3280.

ولاشك أن المشـرع الفـرنسي رغب، فـي هذا الصـدد، الإستـفـادة من البـسـاطة المقـررة في القـانون الالماني.

انظر ما سبق ص ٦٩ .

عن طريق رهنها رهناً حيازياً أو من خلال التنازل عنها. يمكن أن يؤدي التنازل الي نقل ملكية الدين علي سبيل الضمان وبدون إشتراط أي ثمن. ويتم ذلك بإجراءات سهلة وفعالة تتمثل في حصر الديون المتنازل عنها في قائمة تعطي للمتنازل له. وينبغي فقط تعيين الدين أو الديون تعييناً ذاتياً وأن يذكرن أنه تنازل عن الديون المهنية طبقاً لقانون ٢ يناير ١٩٨١ . ولا يلزم إعلان المدين بالتنازل، ولا يتطلب، بالتالي، قبوله، إلا أن هذا القبول، في حالة حدوثه، يرتب آثاراً هامة كتلك التي تترتب علي قبول المسحوب عليه في الكمبيالة. فالقبول يعادل الإلتزام بالدفع في حق الغير وقبل جميع دائني المتنازل عليه إبتداء من التاريخ المكتوب علي القائمة ولو لم يكن ثابتاً(١).

كان لهذا التطور التشريعى أثره الواضح علي القضاء(٢)، حيث عرض

(1) Hemmelle, Cession de Créances professionnelles, Gaz. Pal. 1984.1.79.
Gavalda, Securités et précarités de la Cession de Crénces par voie Daily.
J.C.P. 1989, ED. E. 15374.
وينبغي ملاحظة ان الحوالة لا تكون نافذة، من حيث المبدأ، قبل جماعة الدائنين الا اذا تمت قبل الحكم بشهر الإفلاس أو فترة الريبة.
Grénoble, 3 nov. 1987, D. 1989 obs. Vasseur, R.D.- Com., obs. Cabrillac et Teyssie.

(٢) انظر فيما يتعلق بالموقف العدائي للقضاء من فكرة نقل الملكية علي سبيل الضمان مايلي ص٢١٠ .
وقد بدا هذا التطور واضحاً بقبول محكمة النقض صراحة استفادة الغير من شرط الإحتفاظ بالملكية بإعتباره من ملحقات الحق في الثمن الذي يحل فيه محل صاحبه أو يتم التنازل عنه للغير علي سبيل الضمان. انظر مايلي ص٢١٢ .

عليه الامر بمناسبة قيام مشتري بإعادة بيع بضاعة إحتفظ البائع الأصلي بملكيتها. تنازل المشتري (البائع الثاني) عن الثمن للغير، فثار التنازع بين هذا الغير المتنازل له والبائع الأصلي الذي جاء ليمارس حقه في إقتضاء ثمن إعادة بيع البضاعة التي يحتفظ بملكيتها[1]. قرر القضاء أولوية حق الأخير لأن المتنازل له إكتسب الحق في الثمن مثقلاً بحق البائع الأصلي في المطالبة به، ويحل الحق في الثمن الناتج عن إعادة البيع، محل البضاعة المحتفظ بملكيتها. ويتم هذا الحلول في نفس اللحظة التى يولد فيها هذا الحق في الثمن أي لحظة إعادة البيع. ومن ثم فإن البنك المحال اليه يكون قد إكتسب حقاً ممن لم يعد مالكاً له[2]. مفاد ذلك أن قضاء النقض يستند الي أسبقية الحلول علي الحوالة.

يري بعض الفقه، مع ذلك، أنه من الصعب إمكانية تحويل الإستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية للغير، ذلك أن المادة ١٦٩٢ فرنسي تقضي بأن حوالة الحق تشمل ضماناته، كالكفالة والإمتياز والرهن[3]. ومن المقرر ان إحتفاظ البائع بالملكية بمقتضي شرط في عقد البيع لا يشكل ضمانة تابعة لحقه في الثمن اذ لا تسمح الصياغة المحددة لتلك المادة بالقول بخلاف

(1) Mrtin D.. Du Conflir relatif à la Créance du prix de revente d'une marchandise acquise sous réserve de propriété, D. 1986.323.

وانظر فيما يتعلق بحق البائع علي ثمن إعادة بيع البضاعة ماسبق ص١٧٢ .

(2) Com, 20 juin 1989, D. 1989. 431, note Pérochon, rejetant le pourvai contre Paris, 3 fév. 1988 .R.D. Com. 1989.207, obs. Carbillac et Teyssie.

(٣) نفس المعني في المادة ٣٠٧ مدني مصري. وتضيف «... كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط».

ذلك. ومن ثم لا يعتقد الفقه في إمكانية نقل الإستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية للغير بمجرد التراضي علي حوالة الحق في الثمن المحدد له [١]. فالبائع يمكنه حوالة حقه في الثمن قبل المشتري للغير، الا أن شرط الإحتفاظ بملكية البضاعة المبيعة المقرر لضمان الوفاء بثمنها لا يستفيد منه الغير المحال له، أي لا ينتقل اليه الشرط لانه لا يندرج ضمن الضمانات المقررة في النص السالف.

يختلف الحكم في القانون الالماني الذي يجري العمل فيه علي جعل كل قيمة إقتصادية ممكنة أداة إئتمان. لذا توجد العديد من صور التأمينات التي ترد علي المنقول دون حيازته [٢]. ويدخل في ذلك طبيعة الحال إمكانية قيام البائع بحوالة حقه في الثمن وشرط الإحتفاظ بالملكية الضامن له، بل ويستطيع البائع تقديمه للبنك كأداة ضمان للحصول علي الإئتمان اللازم[٣].

---

(1) J.Acquaviva et C. Barcot, op.cit, n. 107.

(٢) انظر ما سبق ص ٦٨ .

(3) M. Pédamon. Gaz.Pal. op.cit.

المبحث الثانى

الحلول الإتفاقى

ينظم القانون المدني نوعين من الحلول الإتفاقي:

الأول: الحلول بواسطة الدائن، ويتمثل في إتفاق الدائن مع الموفي علي أن يحل محله في حقوقه، بضماناته، قبل المدين، ولو لم يقبل المدين ذلك. ولا يصح أن يتأخر هذا الإتفاق عن وقت الوفاء.

الثانى: الحول بواسطة المدين، حيث يجوز له، إذا إقترض مالاً وفي به الدين، ان يحل المقرض محل الدائن الذي إستوفي حقه ولو بغير رضاء هذا الدائن، علي أن يذكر في عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء، وفي المخالصة كان الوفاء من هذا المال الذي اقرضه الدائن الجديد[1]. ويشترط المشرع الفرنسي لصحة الحلول، في هذه الحالة، اتمامه في ورقة رسمية أمام موثق. تؤدي هذه الشكلية، عملاً، الي إستبعاد اللجوء لتلك الصورة من الحلو لفي المسائل التجارية[2].

هل معني ذلك أن الصياغة المبسطة للحلول في القانون المصري وللصورة الأولي منه في القانون الفرنسي، من شأنها تشجيع اللجوء اليه في المعاملات التجارية؟ اذا كانت الإجابة بالإيجاب[3]. فهل يستتبع ذلك إمكانية تطبيق الحلول بصدد شرط الإحتفاظ بالملكية، أي هل يستطيع البائع الذي يستوفي حقه من الغير، أن ينقل اليه من خلال الحلول الإتفاقي،

(١) م ١٢٥٠ مدني فرنسي، م٣٢٨،٤٢٧ مدني مصري.

(2) J.Acquaviva et C.Bacrot., op.cit, n. 091.

(3) J.Ghestin, Reflexions..., op.cit, n.33.

حق الملكية الذي يحتفظ به علي البضاعة المبيعة؟ وبعبارة أخري، هل يستطيع الغير، الذى يحل محل البائع في حقوقه قبل المشتري ودائنيه، أن يطلب إسترداد المبيع (أن يمارس دعوي الإسترداد لصالحه) في حالة عدم إستيفائه لأقساط الثمن المحددة؟

يمكن إجمال محاولات الإجابة علي هذا التساؤل في إتجاهات أربعة[1]:

الإتجاه الأول :

يجيب البعض علي هذا التساؤل بالإيجاب، نظراً لأن حلول الغير محل الدائن لا يقتصر فقط علي الحق وتوابعه بل يمتد ليشمل كل الحقوق المرتبطة به[2]. ويدخل في ذلك بطبيعة الحال حق الملكية الذي يحتفظ به البائع في عقد البيع. فالملكية هنا لم يتم الإحتفاظ بها لذاتها بل علي سبيل الضمان للحق في الثمن، لذا فمن الطبيعي أن ينتقل هذا الضمان الي الموفي. أضف الي ذلك أنه من المقرر السماح للموفي بأن يحل محل الدائن في دعوي الفسخ والشرط الصريح الفاسخ، ومن ثم فإن الموفي يستفيد أيضاً من شرط الإحتفاظ بالملكية ويمكنه إسترداد المبيع كما هو الحال في الفسخ[3].

---

(١) نقصد بذلك الإتجاهات الفقهية، أما عن إتجاه القضاء، بصدد هذا الموضوع، فسنعرض له بصدد موقف محكمة النقض من مسألة انتقال الإستفادة من الشرط للغير، إنظر مايلي ص.٢١٢

(2) Demogue, obs., R.T.D. Civ. 1935, P. 694-Gavalda et Stoufflet, Droit de la Banque, Thémis 1974, P. 754, n. 551.

(3) J.Mestre, La subrogation personnelle. Thèse Aix, L.G.D.J. 1979, P.548, n.497 et 498.

والجدير بالذكر ان هذا الإتجاه يستشهد بحكم محكمة القاهرة في ١٩٣٥/٢/٢٠ .

Trib. du Caire du 20 fév. 1935, Egypte juduciaire, 111, P. 285, R.T.D. Civ.1935, P. 694, n. 4, obs. R.Demogue.

ويستشهد أيضاً بالقضاء الفرنسي الصادر قبل قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ مشبهاً شرط الإحتفاظ بالملكية بالشرط الفاسخ.

يعترض البعض علي هذا الإتجاه مقرراً أن شرط الإحتفاظ بالملكية لا يقبل الإنتقال عن طريق الحلول. فالقانون الفرنسي لا يعرف، كمبدأ عام، إنتقال الملكية علي سبيل الضمان. وإذا كان المشرع يقر الحلول محل الدائن في الحقوق والدعاوي والتأمينات قبل المدين، فإن ذلك لا يشمل، إستناداً الي نفس الأساس التشريعي، سوي الحقوق المقررة للدائن علي سبيل الضمان. ومن الصعب القول بأن موضوع عقد البيع ذاته، وهو نقل الملكية، يعد مجرد ملحق أو تابع لهذا العقد، ولا يمكن إعتبار حق الملكية مجرد تابع للحق في الثمن وينتقل بالتالي، معه [1].

ولا يجوز الإستناد الي إنتقال رخصة طلب الفسخ الي الموفي الذي حل محل الدائن. لإعمال نفس الحكم بصدد شرط الإحتفاظ بالملكية علي سبيل القياس لإختلاف الطبيعة في الحالتين: فإذا كان فسخ البيع يؤدي الي عودة الملكية للبائع، فإن ذلك ليس سوي نتيجة اعمال دعوي الفسخ تطبيقاً للمادة ١٢٥٠ بالتزامن مع المادة ١١٨٤ [2] من القانون المدني الفرنسي وليس نتيجة للحلول في ذاته.

أضف الي ذلك أن رخصة طلب الفسخ تعد مركزاً متميزاً [3] يرتبط إرتباطاً وثيقاً بالتقابل بين حقوق والتزامات طرفي العقد الملزم للجانبين.

---

(١) وذلك بخلاف الحال في القانون الألماني، إنظر ما سبق ص   وقد تأثر المشرع الفرنسي حديثاً بنظيره الألماني وقرر امكانية نقل ملكية الدين علي سبيل الضمان، إنظر ماسبق ص١٩٤، ونظل، مع ذلك، أمام تطبيق إستثنائي وليس مبدأ عام.

J.M. Mousseron, La Clause de réserve de propriété, Cahiers de Droit de l'Entreprise 1980, n. 4,P.3, note 11.

(٢) وتتعلق بالفسخ عموماً. أنظر المادة ١٥٧ مدني مصري.

(3) Marty et Raynaud, Les surêtés, P. 3, n.4.

وهذا المركز بوصفه صفة ملاصقة لتلك الحقوق لا يمكن فصله عنها، ولابد، بالتالي من إنتقاله معها في حالة الحلول. اما شرط الإحتفاظ بالملكية فهو، علي العكس، عنصر مضاف بإتفاق الأطراف الي المركز المتميز الناشئ عن طبيعة العقد الملزم للجانبين(١).

أما عن القضاء الذي يستند اليه أصحاب هذا الإتجاه والصادر قبل قانون ١٢ مايو١٩٨٠، فإنه وان أخضع شرط الإحتفاظ بالملكية لآحكام الشرط الفاسخ، الا أن تأمل تلك الأحكام يكشف بوضوح عن انها لم تذهب مطلقاً الي وجود التشابه بين الشرطين(٢).

الإتجاه الثاني :

يمكن أن يتبادل الي الذهن الإستناد الي نص المادة ٧١١ مدني فرنسي التي تقضي بأن ملكية الاموال تكتسب وتنتقل بالميراث والهبة والوصية وكأثر للإلتزام. وتعني هذه العبارة الأخيرة إنتقال الملكية بالإتفاق. إلا أنه من الصعب ترجمة العبارة بمعناها الحرفي، فلا يوجد في القانون الفرنسي سوي عقدين موضوعهما نقل الملكية بعوض: البيع والمقايضة. وليس من شأن الحلول الإتفاقي المنظم في المادة ١٢٥٠ ان ينقل بذاته الملكية. وإذا إتفق الأطراف صراحة، في هذه الحالة، علي نقل الملكية، فإننا لا نكون بصدد حلول بل بيع. ويستتبع ذلك التسليم بأنه يجوز للبائع المرتبط بعقد بيع صحيح ان ينقل ملكية المبيع الذي يحتفظ بملكيته لحين استيفاء الثمن لشخص آخر غير المشتري(٣).

---

(1) J.Ghestin Reflexions.., op.cit., n.35.

(٢) نفس الموضع، إنظر القضاء المشار إليه لديه في هامش ١١، ١٢، ١٣ .

(٣) إنظر ماسبق ص ٧٩ . وإنظر في عرض ذلك الإتجاه والرد عليه:

J. Acquaviva et C. Bacrot, op.cit., n. 096 et 097.

وبالرغم من إستبعاد أحقية الممول في الحلول محل البائع في حقوقه الناتجة عن شرط الإحتفاظ بالملكية، إلا أنه يجدر الإشارة الي الأهمية المحدودة لهذا الحلول. فهو لا يجدي حقيقة بالنسبة للمقرض الا في حالة بقاء البضاعة في يد المشتري، أما إذا قام الاخير بإعادة بيعها فإنه لا يمكن المطالبة بإستردادها من بين يدي المشتري الجديد الحائز لها بحسن نية، أياً كان صاحب الحق في هذا الإسترداد[1].

الإتجاه الثالث:

يمكن أن يثور التساؤل أيضاً عما إذا كان الإحتفاظ بالملكية يعد تأميناً عينياً أي حق عيني تبعي لدين الثمن الذي يضمنه وينتقل، بالتالي، معه.

لعل المرجع وراء هذا التساؤل يكمن فيما يلاحظه الفقه من ان إستعمال الملكية علي سبيل الضمان أصبح أمراً معترفاً به في القانون الوضعي [2] مما يسمح بتشبيهها بتأمين حقيقي. مثال ذلك التأجير الإئتماني الذي تلعب فيه الملكية، بلا شك، دور الضمان [3].

ينتقد الفقه هذا المثال لأنه إذا كان من يستعمل المال موضوع التأجير الإئتماني يستحوذ بالفعل علي ما يمكن تسميته بالملكية الإقتصادية، بينما تستفيد المؤسسة المانحة للإئتمان من الملكية كأداة ضمان، فإن هذه النتيجة

---

(١) انظر ما سبق ص ١٧٠ .

(٢) قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ الذي ينظم الإحتفاظ بالملكية علي سبيل الضمان، م٤٣٠ مصري. قانون٢ يناير ١٩٨١ المعدل بقانون ٢٤ يناير ١٩٨٤ الذي ينظم نقل ملكية الحقوق المهنية علي سبيل الضمان، إنظر ماسبق ص١٩٤ . وانظر القانون الألماني ص١٩٠ .

(٣) انظر ماسبق ص٣٣ .

ليست وليدة إعتبار الملكية تأميناً جديداً، ولكنها تنجم ببساطة عن تضافر الأساليب التعاقدية التقليدية [1].

وإذا كانت الملكية، بوصفها وسيلة ضمان الوفاء بالثمن، تؤدي دور التأمين، فليس معني ذلك أنها تنقلب الي تأمين عيني بالمعني الدقيق. فلا ينبغي الخلط، في الواقع، بين وظيفة الأداة، كغاية يرمي اليها الأطراف، وتكييفها الذي يخضع لرقابة القضاء. والقول بأن الملكية تأمين مؤداه إنشاء تأمين عيني جديد وهو أمر ليس من السهل التسليم به في ظل القانون الوضعي الحالي[2]. لا يجوز إنشاء تأمينات عينية جديدة غير تلك الواردة في القانون علي سبيل الحصر لأن من شأن ذلك المساس بالضمان العام للدائنين، الذين ينبغي أن يكونوا، هم والغير بصفة عامة، علي علم بالمركز المتميز الذي يمنح لبعض الدائنين[3].

ويبدي القضاء، إذا عرض عليه الامر بمناسبة شرط الإحتفاظ بالملكية ذا الأصل الأجنبي، موقفاً عدائياً واضحاً في هذا المجال[4]. ومن المتصور مع ذلك أن يؤدي تزايد إنتشار الشرط المذكور، أثر العمل بقانون ١٢ مايو١٩٨٠ ، الي تطور موقف القضاء في هذه المسألة[5]. الا أنه ينبغي

(1) Cf. El. Mokhtar Bey, De la symbiotique les leasing et Créditbail mobiliers, Dalloz, 1970- Witz, la fiducie en doir privé français, thèse, Strasbourg, 1979, P. 144, n. 150.

(2) J. Ghestin, Reflexions.., op.cit, n. 36.

(3) H.L. et J. Mazeaud, Leçons de Droit Civil, Sûretés et publicité foncière, 5 eme éd., par F. Chabas, P. 8-9 n.5.

(4) J. Ghestin. op.cit.

(٥) انظر مايلي ص ١٩٥، ٢١٢ .

التأكيد بأن إنتقال الإستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية، بوصفه أحد توابع الدين، الي الغير لايزال حتي وقتنا هذا أمراً محل شك في القانون الوضعي[1].

الإتجاه الرابع:

إذا كان البعض يري في الحلول أفضل وسيلة لإنتقال الإستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية. فإن الطبيعة الخاصة للحلول تجعل منه، علي العكس، وسيلة غير مناسبة لهذا الإنتقال.

فمن المتفق عليه أن الوفاء مع الحلول لا يؤدي الي إنقضاء الدين ولا التأمينات الضامنة له، بل يؤدي الي إنتقالها الي الموفي. وإذا أمكن تشبيه شرط الإحتفاظ بالملكية بالتأمين فإنه ينتقل بدوره مع الدين الي الموفي. وينبغي، مع ذلك، أن نأخذ في الإعتبار الطبيعة الخاصة لهذا الضمان، فنقل الملكية يتم، في الأصل، بقوة القانون كنتيجة لعقد البيع، إلا أن شرط الإحتفاظ بالملكية يؤدي الي تأخير هذا الإنتقال الي حين الوفاء بكامل الثمن. فإذا قام البنك بدفع الثمن فإن الملكية لا تنتقل له بل الي المشتري إعمالاً للشرط المذكور.

وينبغي لتفادي تلك النتيجة، إتخاذ خطوة أخري نحو تعديل الآثار العادية للوفاء من الغير ليس فقط فيما يتعلق بإنقضاء الدين بل أيضاً فيما يتعلق بنقل الملكية. ويعد ذلك التعديل عقبة إضافية أمام نقل الإستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية للبنك. ويمكن تخطي هذه العقبة عن طريق إختيار

(1) J.Ghestin, op.cit.

الصياغة الملائمة للشرط المذكور، كالنص مثلاً علي أن الملكية لا تنتقل الا بعد الوفاء بكامل الثمن من المشتري نفسه أو النص علي أن الملكية لا تنتقل الي المشتري في حالة وفاء الغير بالثمن، ويحل هذا الغير محل البائع في الإحتفاظ بالملكية.

وإذا أمكن تعديل صياغة الشرط إنطلاقاً من مبدأ الحرية التعاقدية، فهل يخضع مثل هذا الشرط لقانون ١٢ مايو ١٩٨٠ الذي أكد واضعوه صراحة أنه لا ينطبق الا علي شرط الإحتفاظ بالملكية البسيط؟ لاشك أن الصياغة الجديدة للشرط لا تجعل منه شرطاً بسيطاً، ويصعب القول، بالتالي، بنفاذه قبل جماعة الدائنين[١]

---

(١) نفس المرجع رقم ٣٨ .

ويضيف الكاتب اقتراحاً آخر لتفادي العقبة المذكورة، يتمثل في الوفاء بجزء من الثمن، ومن ثم لا تنتقل الملكية، في هذه الحالة، الي المشتري نظراً لأن الإنتقال موقوف علي الوفاء بكامل الثمن. هنا يقتصر الحلول علي جزء من الحق فقط، وبالتالي علي الجزء المقابل له من البضاعة المحملة بشرط الإحتفاظ بالملكية.

J. Ghestin, La transmission des obligations, Travaux des IXe Journées d'études Jen Dabin, Louvain 1980, n. 61.

المبحث الثالث

التنازل عن عقد البيع

يمكن تعريف التنازل عن العقد بأنه «نقل المركز التعاقدي لأحد الأطراف بما يتضمنه هذا المركز من حقوق والتزامات»[1] وبعبارة أخري فالتنازل يعتبر إتفاق ينقل بمقتضاه أحد المتعاقدين للغير مجموعة الروابط القانونية التي تخصه في العقد[2]. توجد العديد من التطبيقات لهذا التنازل في القانون الوضعي المعاصر، في عقود البيع والإيجار والمباني تحت الإنشاء والشركات[3]، الا أن النظام القانوني للتنازل عن العقد لا يزال، مع ذلك، متسماً بالغموض ويثير الكثير من الخلاف[4].

والسؤال الذي يطرح نفسه هو مدي إمكانية نقل الإستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية عبر التنازل عن عقد البيع.

ينبغي ملاحظة أن تتنازل البائع عن عقد البيع للبنك يتضمن بالضرورة إنتقال شرط الإحتفاظ بالملكية. لا يقتصر الإنتقال، في الواقع، علي الحق وتوابعه بل يشمل المركز التعاقدي في جملته، ومن ثم لا تثور صعوبة بصدد إنتقال الملكية التي يحتفظ بها البائع أي إنتقال الإستفادة من شرط

---

(1) Ph. Malaurie, La Cession de Contrat, Cours doctorat, Paris 11,1975-76, P.227.

(2) Enc. Dalloz, Rép. Civ. Cession de Conntrat, par Charles lapp., n.1-P. Raynaud, Les Contrats ayant pour objet une obligation, Cours D.E. A. Paris 11, 1977-78, P. 89.

(3) J. Ghestin. La transmission des obligations, op.cit. P. 66.

(4) Ph. Malaurie. op.cit., P. 236.

الإحتفاظ بالملكية لأن حق الملكية لا ينتقل، في الواقع، عند التنازل عن العقد، الي المتنازل اليه كضمانه للحق في الثمن، بل ينتقل في ذاته كنتيجة للعقد موضوع التنازل.

ولكن الإنتقال، علي هذا النحو، يكشف عن عدة عيوب ترتبط بالطريقة المتبعة أصلاً. فالبنك، الذي يحل حلولاً كاملاً محل البائع، يصبح مديناً قبل المشتري بكل الإلتزامات التي تقع علي عاتق البائع المهني، وبصفة خاصة ضمان العيوب الخفية(1). ومن الصعب تصور قيام البائع بنقل إلتزامه بالضمان الي المتنازل اليه عن العقد، بل أنه من غير المتصور، عملاً، قبول البنك تحمل مثل هذا الإلتزام. ليس هناك مانع، نظرياً وإنطلاقاً من مبدأ الحرية التعاقدية، من النص في عقد التنازل عن بقاء الإلتزام بالضمان علي عاتق المتنازل وحده. لعل الخشية الوحيدة، في هذا الصدد، تكمن في قيام المحكمة بإعادة تكييف العقد وإعطائه وصفاً آخر يتفق مع أحكامه(2).

ومن المشكوك فيه إتجاه البنوك الي قبول ذلك الأسلوب الذي ينطوي علي كثير من المخاطر(3)، خاصة وان الضمان الذي يقدمه المقترض إلي البنك (شرط الإحتفاظ بالملكية) يمكن أن يفقد فعاليته في حالة إعادة المشتري بيع البضاعة للغير حسن النية، حيث لا يجوز للبائع التمسك بالشرط في مواجهته(4). ولا يمكن أن تكون للبنك المتنازل اليه حقوقاً أكثر من تلك التي تكون للبائع المتنازل.

---

(1) J. Ghestin, Reflexions..., op.cit., n.39.
(2) J. Acquaviv et C. Bacrot, op.cit, n.111.
(3) J. Ghestin, op.cit.

(4) انظر ماسبق ص ١٧٠ .

وأخيراً فإنه ينبغي ملاحظة أن التنازل عن العقد يتضمن، في ذات الوقت، حوالة الحق. والواقع أن التنازل يشترك مع الحوالة في العديد من النقاط. يكمن الفارق الرئيسي بينهما في أن التنازل ينقل الي المتنازل اليه كل حقوق وإلتزامات المتنازل ما لم يوجد إتفاق آخر. ويترتب علي ذلك خضوع التنازل بدوره لنفس الإجراءات الشكلية المطلوبة في المادة ١٦٩٠ مدني فرنسي، حيث يلزم لنفاذه في حق المتنازل في مواجهته والغير إستيفاء تلك الإجراءات[١]. ولا شك أن تلك الإجراءات الشكلية من شأنها أن تعوق اللجوء الي التنازل عن العقد في المسائل التجارية[٢].

---

(١) J. Ghestin, La transmission ..., op.cit. n. 99- Lapp, op.cit., n. 31.

(٢) كما سبق.ورأينا بصدد حوالة الحق، أنظر التطور التشريعي الفرنسي الحديث في هذا المجال. ماسبق ص١٩٤ .

المبحث الرابع
تظهير الأوراق التجارية

هل يمكن أن يؤدي التظهير الناقل للأوراق التجارية المحرر بمناسبة البيع المتضمن شرط الإحتفاظ بالملكية الي نقل الحقوق التي يخولها ذلك الشرط لصاحبه؟ اذا قام المشتري، مثلاً بتحرير ورقة تجارية للبائع بالثمن مستحقة الدفع في تاريخ لاحق ثم قام الأخير بتظهيرها (نقل ملكيتها) لشخص آخر، فهل يستفيد هذا الشخص من شرط الإحتفاظ بالملكية الذي يضمن الوفاء بالثمن؟

يمكن الإجابة بنعم علي ضوء المادة ١١٨ من التقنين التجاري الفرنسي التي تقضي بأن التظهير ينقل كل الحقوق التي تتولد علي الكمبيالة. يستنتج القضاء، منذ أمد بعيد، من ذلك النص أن المظهر اليه يستفيد، كقاعدة عامة، بالتأمينات التي تضمن مقابل الوفاء[١]. ومن ثم يمكن القول بأن شرط الإحتفاظ بالملكية، كضمانة مقررة للبائع للوفاء بالثمن، ينتقل الي المظهر اليه المستفيد بالورقة التجارية المتضمنة لدين الثمن.

إلا أنه ينبغي، مع ذلك، التحفظ في هذا المقام لأن القضاء السابق لا يمكن الإستناد اليه الا إذا إنتهينا الي إعتبار شرط الإحتفاظ بالملكية مجرد ضمانة مقررة للبائع[٢]، وهو أمر، سبق أن رأينا أنه محل شك وجدل كبير[٣].

(1) Civ. 20 Juin 1854 D.P. 1854.1.305- Paris 4 Jan. 1899, D. 1900.2.121. note Percerou.
Les Cot et Roblot, les effets de CommERCE, 1953, N.292-J.P. Marty, les rapports de la Créance fondamentale et du titre avec s. specialement P. 313 à 315.

(2) J. Acquaviva et C. Bacrot, op.cit. n.108.

(٣) انظر ماسبق ص ١٩٧ .

المبحث الخامس
البيع المزدوج

نبدأ ببيان وضع المسألة، ثم نعرض لموقف الفقه منها قبل دراسة موقف القضاء.

(أ) وضع المسألة :

اسفر الواقع العملي عن وسيلة جديدة لنقل الإستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية الي المقرض. تتمثل هذه الوسيلة في بيع البضاعة للبنك وربط هذا البيع بعملية بيعها للمشتري الفعلي. أي أننا نكون أمام عملية بيع مزدوج لذات البضاعة. فبالرغم من أن قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ لا يتكلم عن البائع الا أن الشراح يرون أن اعمال دعوي الإسترداد الواردة فيه يفترض وجود عقد بيع بين المشتري المفلس وطالب استرداد البضاعة التي لم يتم دفع ثمنها. لذا كان من الضروري، لإستفادة البنك من هذه الدعوي، أن يظهر، في ذات الوقت، بمظهر مالك البضاعة وبائعها، ويقتضي ذلك أن يكون قد سبق له شراءها من البائع الأصلي.

وللوصول الي تلك النتيجة يتبادر الي الذهن أكثر من صياغة قانونية: يمكن للبنك شراء البضاعة من التاجر ثم يعيد بيعها للمشتري، الراغب فيها أصلاً، مع الإحتفاظ بملكيتها. ويمكن أن يشتري الشخص البضاعة من البائع مباشرة ثم يعيد بيعها نقداً للبنك الذي يعيد

بيعها اليه مرة ثانية بيعاً إئتمانياً يحتفظ فيه بملكية البضاعة لحين الوفاء بكامل الثمن[1].

وهناك صياغة أخري أكثر تعقدياً: يبرم البائع مع المشتري عقد بيع متضمناً شرط الإحتفاظ بالملكية لحين الوفاءبالثمن وشرطاً فاسخاً صريحاً في حالة التخلف عن الوفاء به. ويبرم البائع مع البنك عقدين مستقلين ويكمل كل منهما الآخر: حوالة للحق في الثمن معلقة علي شرط فاسخ هو تخلف المشتري عن الوفاء في الميعاد، بيع للبضاعة معلق علي شرط واقف هو ذات الواقعة (التخلف عن الوفاء). ويترتب علي ذلك انه إذا قام المشتري بالوفاء تخلف الشرط الفاسخ وتأكدت الحوالة ويتخلف، في ذلك الوقت، الشرط الواقف وينمحي عقد البيع المبرم مع البنك. والعكس صحيح في حالة تخلف المشتري عن الوفاء، فإن الحوالة تزول لتحقق الشرط الفاسخ ويتأحد البيع مع البنك لتحقق الشرط الواقف[2].

(ب) موقف الفقه :

تنطوي تلك التركيبات علي قدر من الإغراء من زاوية الصياغة القانونية بالمعني الدقيق، الا أنه يصعب تصور تطبيقها عملياً، اللهم في حالات إستثنائية، وذلك نظراً لتعدد وتداخل الأساليب القانونية اللازمة لتحقيقها. ونظراً لأن أمثال تلك «التركيبات القانونية» تستدعي تحليلاً تفصيلياً مقارناً يخرج عن نطاق دراستنا. فإننا نكتفي

(1) J. Ghestin, Reflexions.., op.cit., n. 40.

(2) Mousseron, Cahiers de droit de l'entreprise, Distribution, n.4, 1980, P.3 note 11.

بإلغاء بعض الضوء عليها لمعرفة مدي توافقها مع شرط الإحتفاظ بالملكية[1].

بادئ ذي بدء يعن لنا التساؤل عن مدي جدوي اللجوء الي تلك التركيبات المتعددة، بصدد عقد بيع يتسم أصلاً بالتعقيد، في الوصول نتيجة لاتزال إحتمالية ألا وهي مكنة إسترداد البضاعة المبيعة عند عدم الوفاء بثمنها. فالبنك لا يمكن أن تكون له حقوق أكثر من تلك المقررة للبائع نفسه. ومن المقرر أن حق البائع في الإسترداد يسقط في حالة تغير الحالة العينية للبضاعة أو إعادة بيعها للغير حسن النية[2].

أضف الي ذلك أن إتباع هذا الأسلوب يؤدي الي وضع البنك موضع البائع الفعلي للبضاعة ويتنافي ذلك الامر مع طبيعة النشاط المهني للبنك ولا يدخل في صميم إهتماماته. ان المركز القانوني للبائع ومسئوليته في القانون المعاصر، خاصة فيما يتعلق بالاضرار الناجمة عن عيوب المبيع، ليس من شأنهما اغراء المؤسسات المالية بالدخول في تلك العلميات القانونية التي ينحصر هدفها في نقل ملكية البضاعة علي سبيل الضمان. ويقتضي ذلك الإجراء تعديلات معينة في العقد لصالح البنك تقيه مخاطر تحمل تبعة هلاك المبيع كمالك من جهة ومسئوليته كبائع محترف من جهة أخري. ويخشي في حالة إجراء هذه التعديلات النظر الي تلك العقود علي انها صورية، ولا تسري، بالتالي، في مواجهة الغير وبصفة خاصة جماعة الدائنين[3].

---

(1) J. Ghestin, op.cit., n.41.

(٢) نفس الموضع.

(٣) نفس الموضع

ومن ناحية أخري يمكن أن يتعرض هذا الأسلوب القانوني الي الإتهام بأنه ينطوي علي غش[١]. ولعله من الطريف، في هذا المجال، الإشارة الي التفرقة التي يقيمها الفقه بين الغش والمهارة المسموح بها[٢]. فالمهارة يسمح بها اذا كانت الوسيلة الفنية المستخدمة تعدل جوهرياً الموقف الواقعي بطريقة تؤدي الي إستبعاد أعمال النص المانع أو تخلف شروط تطبيقه، بشرط ألا يكون من شأن تلك النتيجة أن تسبب صدمة للشخص العادي. أما الغش فيتمثل، علي العكس من ذلك، في إعاقة أعمال القاعدة القانونية بعقبة صناعية ذات طبيعة قانونية بحتة ليس لها أي تأثير علي المعطيات الواقعية[٣].

فمن المقرر أنه، بإستثناء الحالات التي ينظم فيها القانون وسيلة معينة للشهر، يلزم لنفاذ الرهن الحيازي في حق الغير، إنتقال حيازة الشئ المرهون الى الدائن المرتهن أو أجنبي يرتضيه الطرفان. يمكن اللجوء الي طريقة معينة، ترتكن علي إستخدام عقد البيع، لتسفر قانوناً عن ضمانة مشابهة للرهن مع بقاء المال في حيازة المدين ولكن بشرط تميز موقف المشتري بطريقة كافية عن ذلك الخاص بمجرد دائن مرتهن. وبعبارة أخري يمكن أن يكون هناك غش في حالة استخدام البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية في

(1) Cl. Witz, thèse préc. P.530s., n. 256s.

(2) J. Ghestin et Ghoubeaux de droit Civil, t.1, introduction générale, L.G.D.J., n.754s.

(٣) نفس المرجع، رقم ٧٥٨ .

خلق مركز قانوني مطابق عملاً لذلك الناشئ عن عقد الرهن الحيازي إلا أنه لا يخضع لأحكام[1].

(جـ) موقف القضاء:

سنحت للقضاء فرصة أدانة هذه الأساليب التعاقدية بالرغم من أنها أبرمت في ظل قوانين أجنبية تسمح بصلاحيتها. قضت محكمة النقض، بمناسبة عقد إبرم في هولندا تم بمقتضاه نقل الملكية علي سبيل الضمان، بأن الإتفاق يخفي رهناً حيازياً يقع باطلاً حيث يمتنع قيام هذا الرهن دون التخلي عن حيازة المال المرهون[2]. شبه القضاء حوالة ملكية الأموال المنقولة ضماناً للقرض بعقد الرهن الحيازي المتضمن لشرط تملك المال المرهن، عند عدم الوفاء بالدين الذي يحظره القانون[3]. ومن ثم فإن مثل هذا الإتفاق يقع باطلاً ولا يرتب أي أثر. لا يستند القضاء السابق الي نظرية الصورية مباشرة ولكنه يصل الي نفس النتيجة من خلال الرقابة القانونية لتكييف العقود، حيث يتم تكييف الحوالة علي سبيل الضمان بأنها رهن متضمن لشرط التملك عند عدم الوفاء[4].

لم يتصور القضاء أن يشكل نقل ملكية المنقولات المادية في ذاته تأميناً مستقلاً[5]، فهو يعتبر أن نقل الملكية علي سبيل الضمان يعد من قبيل

---

(1) J.Ghestin, Reflexions..., op.cit., n.43
وقارن Witz, thèse préc., P. 538 et s.

(2) Civ. ler, 3 mai, 1973. R. Crit. D.I.P. 1974.100, note Mezger-R.Gen.Lois, 1974.453. obs. Droz.

(3) Ch. des réquêtes, 24 mi 1933. D.H.1933.378-S.1935, note H.Batiffol. Civ. 8 Juill. 1969. J.C.P. 1970.11.1682, note H. Gaudement-Tallon.

(4) J.Ghestin, Reflexions..., op.cit. n.42.

(5) Witz, thèse préc., n228, P.466, qui Cite encore Lyon, 6 oct. 1959 et sur pourvoi, Com13 jan. 1965, pour de valeurs mobiliers.

الرهن وذلك من خلال سلطته في إعطاء التكييف الصحيح للعقد موضوع النزاع. ومؤدي ذلك القضاء أن نقل الملكية لا يتم الا عن طريق أحد العقود المسماة. ولا يجوز أن يتم ذلك الإنتقال من خلال عقد غير مسمي. تلك النتيجة تعد أثراً طبيعياً للقضاء السابق ولو لم يعرب عنها صراحة(١).

ولعل السؤال الذي يطرح نفسه هو هل من شأن صدور قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ وقانون ٢ يناير ١٩٨١(٢) التأثير في هذا الموقف العدائي الواضح من قبل القضاء تجاه فكرة نقل الملكية علي سبيل الضمان؟

ان تطور القضاء في هذا الصدد، يعد أمراً طبيعياً نظراً لأن المشرع تبني تلك الفكرة بوضوح، في القوانين المذكورة(٣). وقد سبق ان تبني القانون الوضعي عدة تطبيقات لهذه الفكرة، خاصة فيما يتعلق بالحقوق والاموال المنقولة والبضاعة(٤). ويمكن أن يؤدي تطور وذيوع تلك الاساليب التعاقدية في العمل الي حث محكمة النقض علي تغيير قضاءها كي يتوائم مع الإحتياجات التي يكشف عنها الواقع العملي.

وينبغي، مع ذلك، الإشارة الي أن القانون السابق ليس من شأنه وحده وبعصا سحرية أن يغير موقف القضاء مباشرة، فلابد من حدوث الإختلاف والتردد بين محاكم الموضوع بدوائرها ودرجاتها المختلفة. ليس من السهل الإنتصار للأفكار القانونية الجديدة، بل لابد من التضحية ببعض الأساليب التعاقدية حتي يستقر البعض الآخر. وليس من المؤكد قبول المؤسسات مانحة

---

(١) نفس المرجع رقم ٢٤٤ ص٥٠٦ .

(٣،٢) انظر ماسبق ص١٩٤، وانظر في هذا التطور نفس الموضع، ومايلي ص٢١٥ .

(٤) انظر موقف القانون الألماني ماسبق ص ٦٨ .

الإئتمان تحمل مثل هذه المخاطر ولو من أجل غاية نبية كهذه. وعلي أية حال فإن موردي البضائع لن يضيرهم، في جميع الحالات، تضمين شروطهم التعاقدية شرط الإحتفاظ بالملكية[1].

(1) J.Ghestin, op.cit., n.44.

المبحث السادس
موقف محكمة النقض الفرنسية من إنتقال الإستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية للغير

آثار موضوع نقل الإستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية، كما عرضنا، الكثير من الجدل بين مؤيد ومعارض من جهة، وحول الوسيلة القانونية الممكنة لتحقيق ذلك الإنتقال من جهة أخري[١].

(أ) قضاء النقض الفرنسى:

عرض الأمر علي محكمة النقض، بعد تضارب قضاء الموضوع[٢]، فقررت، في حمين لها[٣]. إمكانية هذا الإنتقال عن طريق الحلول، فالشخص الذي يحل محل الدائن يمكنه إستخدام كل الدعاوي المقررة له والمرتبطة بالحق قبل الوفاء به. مؤدي ذلك ان الممول الذى يقوم بالوفاء بثمن البضاعة، سواء بالإتفاق مع البائع أم بالإتفاق مع المشتري، يحل محل الأول في حقه قبل الثاني. ويرد الحلول علي أصل الحق والدعاوي المرتبطة به بما في ذلك دعوي إسترداد البضاعة المحتفظ بملكيتها، ولا

(1) E. du Pontavice, Intérêts et Limites de la Clause de reserve de propriéré depuis la loi du 12 mai 1980, R.Banque, 1982 triage à part, P. 79.

(2) A. Ghozi, Nature juridique et transmissibilité de la Clause de reserve de propriété, D. 1986, P.317.

Mousseron et Pérochon, la nouvelle reserve de propriété., R. frnc. de Compt., jan 1981, P. 10.

(3) Com. 15 mars 1988, D. 1988, I.R. 94.

مجال للتفرقة، في حالة إفلاس المشتري، بين ما إذا كان طلب إسترداد البضاعة قد تم تقديمه من البائع أو الغير الذي حل محله في حقوقه.

تقرر المحكمة بأن الملكية المحتفظ بها تعد من ملحقات الحق في الثمن، وهي تعد ضمانة له، وتنتقل معه، بهذا الوصف، بقوة القانون، إعمالاً لمبدأ تبعية الملحق للأصل. ويترتب علي ذلك أن البنك المحال اليه الحق في الثمن يستفيد تلقائياً بشرط الإحتفاظ بالملكية الضامن له سواء تمت حوالة الحق طبقاً لقانون ديلي [1] أو كمقابل وفاء الكمبيالة موضوع الخصم.

يتعلق الحكم الاول ببيع سيارة تم إقتراض جزء من ثمنها وحل المقترض محل البائع في حقوقه، وبصفة خاصة في الإستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية المنصوص عليه في العقد. بعد إفلاس المشتري قامت شركة تأمين بتعويض المقرض وحلت محله في حقه قبل المفلس بكل ما يتولد عن هذا الحق من حقوق وإمتيازات وضمانات. طلبت الشركة المؤمنة، إستناداً الي شرط الإحتفاظ بالملكية، من السنديك إسترداد السيارة. أقرت حكمة الإستئناف هذا الطلب. طعن السنديك علي الحكم بالنقض إستناداً الي أن الحلول ليس وسيلة لنقل الملكية ومن ثم فإن المؤمن لم يصبح مالكاً للسيارة وليس من حقه التمسك بشرط الإحتفاظ بالملكية. رفضت محكمة النقض الطعن وقررت أن الحلول الإتفاقي ينقل الحق الأصلي، إلي الدائن الجديد، بكل مزاياه وتوابعه. وتضيف بأن شرط الإحتفاظ بالملكية يرتبط بحق الثمن ويخصص لخدمته وحده بهدف ضمان الوفاء به. ومن ثم يكون الحكم المطعون عليه قد أصاب صحيح القانون.

---

(١) انظر ماسبق ص١٩٤ .

يتعلق الحكم الثاني بقرض خصص لدفع جزء من ثمن شراء سيارتين. حل المقرض محل البائع في كل حقوقه ودعاويه قبل المشتري بما في ذلك دعوي الإسترداد المستندة الي شرط الإحتفاظ بالملكية. طعن السنديك بالنقض علي حكم الإستئناف الصادر بهذا المعنى أي القاضي بصحة الحلول. إستند السنديك الي أن دفع المقرض للثمن أدي الي نقل ملكية السيارتين الي المشتري وليس للمقرض ومن ثم ليس للاخير طلب استردادهما، أضف الي ذلك أن المقرض لم يدفع سوي جزء من الثمن ومن ثم ليس له التمسك بشرط الإحتفاظ بالملكية. رفضت محكمة النقض الطعن مقررة أن المقرض حل محل البائع في حقوقه ودعاواه قبل المشتري بما فى ذلك دعوي الإسترداد. ونظراً لأن الإسترداد يتعلق بشئ معين بالذات فإن الإلتزام بالرد لا يقبل التجزئة. ومن ثم فإن القضاء برد السيارتين للمقرض يكون صحيحاً.

(ب) تقدير القضاء:

ينطوي هذا القضاء علي مركز الموفي الذي ينبغي أن يتزود بأكبر قدر من الضمانات التي تمكنه من إستيفاء حقه، وتشمل الحقوق والدعاوي التي تنتقل إليه مع الحق الأصلي، بما في ذلك ملحقات الحق كالرهن والكفالة ودعاوي الضمان والفسخ والمسئولية التقصيرية[١].

---

(١) انظر علي سبيل المثال :

Civ. 9 déc 1863, D.P. 1864.1.299-1er, 7 déc. 1983., Bull. Civ. 1, n.291.

والواقع أنه مع التحفظ الخاص ببعض الحقوق ذات الطابع الشخصي، فإن الوفاء مع الحلول له أثر ناقل بعيد المدي[١]. لذا إستقر القضاء علي إنتقال دعوي الإسترداد المبنية علي شرط الإحتفاظ بالملكية الي الموفي حتي ولو كانت هذه الدعوي مستقلة عن دعوي فسخ البيع[٢]. ولعله من الصعب تصور عدم إنتقال دعوي الإسترداد للموفي لأن من شأن ذلك وضع المشتري في موضع متناقض، فقد يقوم البائع بطلب إسترداد البضاعة، ويقوم الموفي، الذي حل محله في الثمن، في ذات الوقت، بطلب الوفاء به، فيتساءل المشتري حول أي الطلبين واجب الوفاء[٣].

(جـ) أعمال القضاء بمناسبة حوالة الحق:

ويثور التساؤل حول ما إذا كان من المُمكن إعمال هذا القضاء، الصادر بشأن الوفاء مع الحلول، في حالة حوالة الحق.

يجيب الفقه بالإيجاب أمام عموم المبدأ الذي أرسته محكمة النقض[٤] فهي تقرر بأن الوفاء مع الحلول ينقل الحق الأصلي بكل مزاياه وملحقاته[٥]. لم يرد هذا المصطلح الاخير في المادة ١٢٥٠/١ من التقنين

(1) Ponsard et Blondel, in Rep. Dalloz de droit Civil, V. subrogation, N. 170s.

J. Mestre, La subrogation personnelle, op.cit., n. 436s.

(2) Com, 1er oct. 1985, Bull Civ., IV, n. 222, D. 1986, P. 246, note M. Cabrillac.

(3) F. Derrida, obs., D. 1986. I.R., P. 169.

(4) M. Carbillac, les accessoires de la Créance in Melanages WEill, P.107.

(5) Com. 15 mars 1988, op.cit, qui précise que: "La subrogation transmet la Créance primitive et tous ses avantages et acces soires".

المدني الفرنسي التي تتكلم عن إنتقال الحقوق والدعاوي والإمتيازات والرهون للموفي، ويمثل ذلك أهمية خاصة بالنسبة لمسألة حوالة الحق حيث تقض المادة ١٦٩٢ صراحة بأن حوالة الحق تشمل ملحقاته كالكفالة والإمتياز والرهن. فإذا قلنا بأن شرط الإحتفاظ بالملكية يعد من ملحقات الحق في الثمن، فإنه يجوز للبنك المحال اليه هذا الحق الإستفادة من الشرط المذكور. ويقع ذلك غالباً بمناسبة التنازل عن الحق في الثمن طبقاً لقانون ديلي[١]، أو بمناسبة عملية خصم الكمبيالة المتضمنة لثمن البضاعة، حيث يقوم البائع بتظهير الورقة التجارية، التى حررها المشتري بالثمن، الي البنك قبل ميعاد الإستحقاق ويحصل علي قيمتها بعد إستنزال عمولة البنك[٢].

يتشكك البعض في النتيجة السابقة أمام التفرقة الدقيقة التي تقيمها بعض الأحكام بين الحقوق الناتجة عن الكمبيالة التي بيد الخاصم والحقوق الناتجة عن عقد بيع لا يخصه[٣]. وبناء عليه، فإنه رغم تعبير القضاء عن شرط الإحتفاظ بالملكية بأنه من ملحقات الثمن، يخشي عدم تطبيق الحلول الصادرة بشأن الحلول الإتفاقي، علي حوالة الحق[٤].

ولا نشارك الفقه هذه الخشية أمام التطور الملحوظ للقضاء الفرنسي أثر التطور التشريعي الحديث سواء فيما يتعلق بنفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية قبل الغير أو بجعل الديون الحاضرة والمستقبلة أداة أئتمان تأثراً بالقانون الألماني[٥] والإتجاه العام في القوانين الأوروبية في طريقها للتوحيد.

---

(١) انظر ما سبق ص ١٩٤ .

(2) Vasseur, obs. D. 1986, I.R., 325- Derrid, obs. D. 1986, I.R., 173.

(3) Roblot, Les effets de Commerce, Sirey, 1975, n. 281.

(4) M. Cabrillac, op.cit.

(٥) انظر في مدلول ذلك التطور أهميته ماسبق ص٧٤، ١٩٤ .

المبحث السابع

وضع المسألة فى القانون المصرى

ان موضوع نقل الإستفادة من شرط الآحتفاظ الملكية للغير لم يكن يثير أهمية كبيرة في القانون المصري بسبب ضعف هذا الشرط أصلاً، فهو كما سبق ورأينا لم يكن يسري في مواجهة جماعة دائني المشتري المفلس، ويفقد، بالتالي، الكثير من فعاليته كأداة لضمان الوفاء بالثمن [1] ولعل المجال الباقي لاعمال الشرط المذكور هو حالة تقاعس المشتري غير المفلس عن الدفع. ان مثل هذا المشتري، يكون، في الغالب، سئ النية، ومن ثم فهو يعمل علي إهدار حق البائع في إسترداد البضاعة، من خلال التصرف فيها للغير حسن النية الذي يكتسب ملكيتها إستناداً الي قاعدة الحيازة في المنقول[2]. وبناءاً عليه فإن شرط الإحتفاظ بالملكية لا يمثل، في ذاته، بالنسبة للغير، ضمانة قوية تغريه بقبول التعاقد علي الحق في الثمن عن طريق الحوالة أو الحلول.

ولاشك أن الأمر قد إختلف الآن بعد التعديل التشريعي الذي أصبح من شأنه تدعيم وفعالية الشرط كأداة لضمان الوفاء بالثمن، من ثم يمكن أن يزدهر دوره في مجال الإئتمان.[3]

وعلي أية حال فإنه في الفرض الذي تثور فيه مسألة إنتقال الإستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية، فإن نصوص القانون المدني تسمح بالاخذ بالحلول الحديثة في القانون الفرنسي. بل ان هذه النصوص تتسم بالمرونة

(١، ٢، ٣) انظر ماسبق ص ١٧٠ .

والطابع الرضائي حيث تنعدم فيها الشكلية الموجودة في القانون المدني الفرنسي والتي وقفت، لمدة طويلة، عقبة أمام تطور الفقه والقضاء بصدد موضوع البحث.

ففيما يتعلق بالوفاء مع الحلول تقضي المادة ٣٢٩ بأن «من حل قانوناً أو إتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص، وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات»، ولا شك أن شرط الإحتفاظ بالملكية يعد من توابع الحق في الثمن، ومن ثم فهو ينتقل معه الي الموفي.

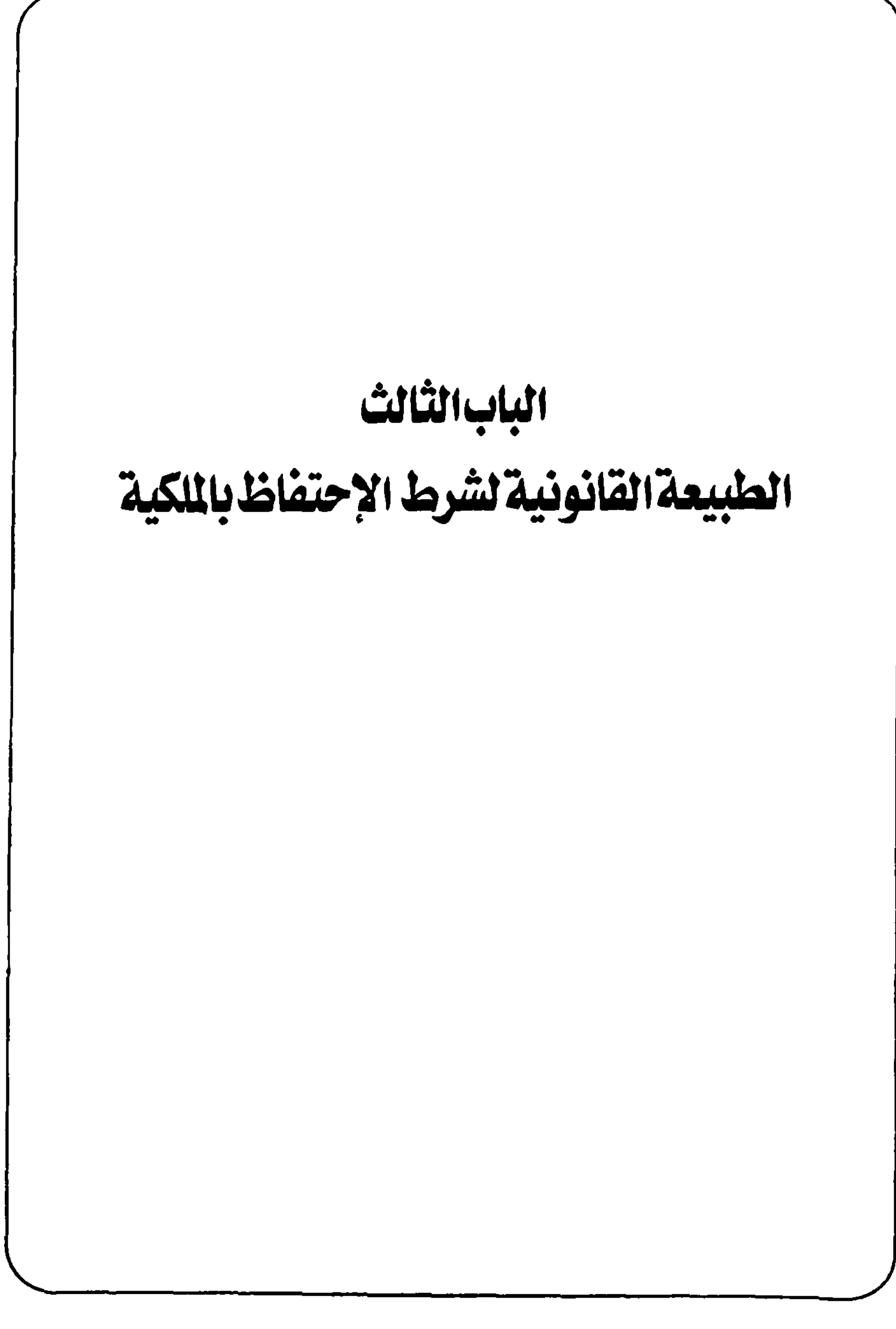
ونفس الحكم في حالة الحوالة حيث تنص المادة ٣٠٧ علي أن حوالة الحق تشمل ضماناته، كالكفالة والإمتياز والرهن... فالنص لم يذكر الضمانات علي سبيل الحصر بل علي سبيل المثال[1]. ويعد شرط الإحتفاظ بالملكية ضمانة مقررة للوفاء بالحق في الثمن، ومن ثم ينتقل الشرط معه الي المحال اليه. وتؤكد محكمتنا العليا المبدأ السابق بقولها «بأن الحق المحال به ينتقل بالحوالة من المحيل الي المحال له بصفاته ودفوعه، كما تنتقل معه توابعه ومنها الدعاوي التي تؤكده»[2]. ولا يعفي ذلك بطبيعة الحال المشرع من وجوب التدخل بالنصوص اللازمة لتعضيد شرط الإحتفاظ بالملكية ليؤدي دوره اللازم علي صعيد الإئتمان وإزدهارالنشاط التجاري[3].

---

(١) السنهوري جـ٣ فقرة ٢٧٥ .

(٢) نقض ١٩٧٥/١/٢٧ س٢٦ ص٢٥٧، ١٩٧٨/٥/١٦ المجموعة س٢٩ ص١٢٦١، /١٩٨٤/٥/ ٣٠ طعن ١٣١٢ س٥٠ق . وقد ورد فيه: يترتب علي الحوالة إنتقال الحق المحال به من المحيل الي المحال له بمجرد إنعقاد الحوالة بما له من ضمانات وتوابع، فيكون للمحال له أن يحل محل المحيل في مباشرة دعاوي الحق المحال به وإجراءات إستيفائه...».

(٣) انظر مايلي ص ٢٩٨ .



الباب الثالث

الطبيعة القانونية لشرط الإحتفاظ بالملكية

تمهيد:

ان محاولة التعرف علي الطبيعة القانونية لشرط الإحتفاظ بالملكية مسألة تتسم بالكثير من الغموض والتعقيد، حيث تعددت الإتجاهات وتضاربت الأقوال دون الوصول الي نتيجة حاسمة في هذا الشأن. ويرجع ذلك الي رغبة كل فريق في إدخال الشرط المذكور داخل إطار محدد لأحد الأنظمة القانونية المتعارف عليها دون الاخذ في الإعتبار تعدد وتباين صورة العملية الناجمة عن طبيعة المعاملات التجارية، المجال الغالب لاعماله، وما تتسم به من سرعة ومرونة وما تقتضيه من تجاوب كامل مع مبدأ الحرية التعاقدية.

تتباين الإتجاهات في هذا الصدد بين فكرتي الشرط والأجل. يري البعض في البيع المقترن بشرط الإحتفاظ بالملكية بيعاً مضافاً الي أجل واقف. وينقسم الآخرون حول فكرة الشرط بين: بيع معلق علي شرط واقف، بيع معلق علي شرط فاسخ، بيع بات مقترن بشرط فاسخ، بيع بات علق فيه إنتقال الملكية فقط علي دفع كامل الثمن(١).

لعل ذلك الخلاف الحاد في الفقه الفرنسي (٢) كان الدافع وراء محاولة

---

(1) Ghestin, Pédamont et autres auteurs, rapports au 111 eme Congès de l'Anc., Cahiers de droit de l'entreprise 1980.

Ch. Atias, Le transfert Conventionnel de propriété immobilière, thèse, Poitiers, 1974.

(2) A. de Martel- Tribes, Les clauses de réserve de propriété: deux enseignement tirés d'un échec, J.C.P. 1977. 1.2875.

M. Jacquot, La Clause de réserve de propriété, l'actualité fiduciire, 1980.P.3.

التعرف علي حكم المسألة في القانون الألماني من جهة، وتحري موقف المشرع الفرنسي الحديث ومحكمة النقض منها من جهة أخري، وحكم المسألة في القانون المصري من جهة ثالثة.

لعله من المناسب في هذا المقام، البدء بعرض الإتجاهات الفقهية المختلفة وموقف القضاء الفرنسي في الموضوع قبل تناوله في القانون الوضعي أي في التشريعات الثلاثة.

الفصل الأول
الطبيعة القانونية لشرط الإحتفاظ بالملكية
فى الفقه والقضاء الفرنسى

نعرض للإتجاهات الفقهية المختلفة بصدد تحديد الطبيعة القانونية لشرط الإحتفاظ بالملكية، ويبين من خلالها تردد القضاء الفرنسى، بينما ثم إستقرار محكمة النقض على تبنى احدى النظريات المطروحة فى هذا المقام. وتتمثل تلك الإتجاهات فى إعتبار البيع مع الإحتفاظ بالملكية: بيع معلق على شرط واقف، بيع معلق على شرط فاسخ، بيع مقترن بشرط فاسخ، بيع علق فيه إنتقال الملكية علي الوفاء بكامل الثمن (موقف محكمة النقض)، بيع مضاف الى أجل واقف، إختلاف الطبيعة القانونية للبيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية. ونعرض لتلك الإتجاهات على التوالى فى المباحث الآتية.

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

المبحث الأول

بيع معلق على شرط واقف

(أ) مضمون النظرية:

مفاد هذه النظرية أن ابيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية هو بيع معلق علي شرط واقف يتمثل في وفاء المشتري بالثمن(١). فشرط الوفاء بالثمن هو شرط واقف يتوقف علي تحققه وجود البيع ذاته ولا ينعقد البيع قبل الوفاء بالثمن، ويظل البائع مالكاً للمبيع، ولا تنتقل الملكية للمشتري قبل الوفاء بكامل الثمن(٢).

ويخفف الأثر الرجعي للشرط من حدة هذه النتيجة حيث يترتب علي تحققه (دفع الثمن) اعتبار المشتري مالكاً للبضاعة منذ لحظة ابرام العقد. ويكون المشتري، قبل تحقق الشرط، مجرد صاحب حق احتمالي أو شرطي(٣). وتثور الصعوبة الحقيقة بصدد تحديد نطاق سلطاته علي البضاعة التي سلمت اليه ويضع يده عليها دون أن يكون مالكاً أو حتي حائزاً لها نظراً لتخلف الركن المعنوي للحيازة أي توافر نية التملك أو الإعتقاد بحسن نية بأنه مالك(٤).

---

(١) وهذا هو الإتجاه السابق للقضاء الفرنسي. إنظر علي سبيل المثال:
Réq. 21 juill. 1897, D.P. 1897.1.269- Toulouse 19 loct. 1960, D.1962, P.96, note Breau-Paris 3 juill. 1968,J.C.P. 1969.11.15820 note Guérin.

(2) Derrid, op.cit. n. 13.

(3) J.M. Verdier, les droits évenruels: Contribution à l'étude de la formation successive des droit, thèse, Paris, 1955.
Buffelan-Lancore, Rép. Civ., 2eme., V Condition, n. 77.

(٤) انظر ماسبق ص ٧٩ .

تتميز هذه النظرة بأنها تصلح سنداً لنتيجيتين عمليتين هما:

أولا: لا يستطيع البائع التصرف في المبيع في مرحلة التعليق أي خلال الفترة المحددة لدفع الثمن، فليس للمدين تحت شرط واقف ان يقوم بأي عمل من شأنه أن يعوق الدائن من إستعمال حقه عند تحقق الشرط. ومن المقرر أنه اذا تحقق الشرط استند أثره الي الوقت الذي نشأ فيه الإلتزام[1]، ومن ثم يترتب علي الوفاء إنعقاد العقد وترتيب آثاره بأثر رجعي، أي منذ يوم إبرامه معلقاً علي شرط. ويصبح المشتري مالكاً للمبيع منذ ذلك الحين. ويسأل البائع عن تبديد المبيع قبل تحقق الشرط[2].

ثانيا : يتحمل البائع تبعة هلاك المبيع في مرحلة التعليق حيث تقضي المادة ١١١٨ فرنسي بأن يتحمل المدين تبعة هلاك الشئ موضوع الإتفاق المعلق علي شرط واقف لأنه لا يلتزم بتسليمه الا بعد تحقق الشرط[3].

(ب) تعرضت هذه النظرية، مع ذلك، لعدة إنتقادات أهمها:

أولا : إن الشرط الواقف بحسب تعريفه كوصف إرادي يلحق الإلتزام يتوقف علي تحققه وجود الإلتزام ذاته. ومن المشكوك فيه تماماً في القانون الوضعي الفرنسي الحالي النظر الي نقل الملكية علي انه إلتزام، حيث يفترض ذلك، في الواقع، إمكانية عدم تنفيذه وبالتالي توقيع الجزاء بالرغم من أن التنفيذ يظل ممكناً. بينمايعد نقل الملكية، في القانون المدني

---

(١) م٢٧٠ مدني مصري، م ١١٧٩ مدني فرنسي.

(٢) السنهوري جـ٣ فقرة ٣٠ .

(٣) ويري استاذنا السنهوري اجراء نفس الحكم في القانون المصرى، جـ٤ فقرة ٩٣، وانظر عرضنا للمسألة ماسبق ص ٩٢ .

الفرنسي، أثراً قانونياً محضاً لعقد البيع. ويتحقق هذا الاثر بطريق آلية مطلقة[1].

ثانياً: لا يمكن القول بأن الوفاء بالثمن، وهو إلتزام رئيسي ناتج عن عقد البيع، يعد شرطاً لإنعقاده[2]. يؤدي هذا التناقض الي مسخ إرادة الأطراف التي تتجه فقط الي تحصين البائع ضد عدم تنفيذ البيع[3]. ولا يجوز إختيار تنفيذ أحد الإلتزامات الرئيسية للعقد، وهو الوفاء بالثمن، ليكون شرطاً لصحة ذات العقد[4].

ويري أصحاب النظرية السابقة عدم صحلة هذا النقد لأنه ليس من المستبعد تماماً، في القانون الوضعي، أن يكون تنفيذ إلتزام أحد الأطراف في ذات الوقت، شرطاً لصحة تكوين العقد. فعقد القرض، مثلاً، عقد عيني لا يتم إلا بتسليم مبلغ النقود[5]. ومن ثم فإن صحة إنشاء القرض تتوقف

---

(1) Ch. Atias, op.cit., n. 47-Marel- Tribes, op.cit., n. 9 T.X. par Hemel, N. 9.

ونفس الحكم في القانون المصري حيث يؤدي البيع الي نقل ملكية المبيع الي المشتري. وان كان يري أن هذا الإنتقال لا يتم مباشرة، حيث ينشي إلتزاماً علي عاتق البائع بنقل الملكية الي المشتري، ينفذ هذا الإلتزام في الأصل، بقوة القانون بمجرد العقد، ويعلق تنفيذه، أحياناً، علي إجراء معين كالإفراز أو التسجيل.

(2) Marty et Raynaux, T.11, Les obligations, P. 758.

(3) A.De Martel-Tribes, op.cit., n.5.

(4) D. Von Beitenstien, obs., R.T.D. Com. 1980. 47, n. 4.

(5) Civ. 1er, 12 juill 1977, Bull. Civ. 1, n330 -J. Ghestin, Traité de droit Civil, J.2, Le Contrat, 1980, n. 339.

كان هذا هو الحكم في التقنين المدني المصري القديم. عدل التقنين الحالي عن ذلك وأصبح عقد القرض رضائياً. لعل العقد العيني الوحيد المتبقي هو هبة المنقول. السنهوري جـ١ فقرة ٤٩ .

ومن المعروف أن الرأي الراجح يري في تسليم الشئ، كسمة مميزة للعقد العيني، التصرف الأول لتنفيذ عقد ملزم للجانبين، يعد الوعد بالقرض تطبيقاً تقليدياً له.

J Ghestin, op.cit., n. 341.

بالضرورة علي تنفيذ أحد الطرفين لإلتزامه. حقاً يوجد، في هذه الحالة، عقدان متتاليان. ولكن الوعد بالقرض الملزم للجانبين يتميز بصعوبة عن القرض ذاته. ويبدو ذلك بوضوح في حالة البيع، فطبقاً للمادة ١٥٨٩ مدني فرنسي، الوعد بالبيع يعدل البيع في حالة التراضي علي المبيع والثمن[1].

وينبغي، مع ذلك، الإشارة الي قضاء النقض الحديث بصدد البيع العقاري، حيث يميز بوضوح بين الآثار الناتجة عن مجرد وعد بالبيع ملزم للجانبين والآثار الناتجة عن البيع ذاته: «ان الوعد ببيع عقار الملزم للجانبين والمعلق علي شرط واقف لا ينقل للمستفيد منه أي حق عقاري علي العين. ويكون إلتزام الواعد، قبل تحقق الشرط، بالرغم من تعلقه بعقار، مجرد إلتزام بعمل لا يتولد عنه، بالنسبة للمستفيد منه، سوي حقاً منقولاً[2].

يمكن، علي ضوء ذلك القضاء، أن نوجد أمام حلين متميزين عن مجرد الشرط المؤخر لنقل الملكية، يقتضي كل منهما تعليق هذا الإنتقال علي الوفاء بكامل الثمن. يمكن أن نوجد، أولاً بصدد بيع نهائي يتوقف تنفيذه علي شرط واقف أو حلول أجل معين. وهذا هو التحليل التقليدي للوعد بالبيع الملزم للجانبين[3]. ويمكن أن نوجد، ثانياً، أمام بيع يتأخر إتمامه الي حين الوفاء بكامل الثمن. وهذا هو الوعد بالبيع الملزم للجانبين بالمعني الضيق

---

(١) وهذا ما يجري عليه الفقه والقضاء في مصر. السنهوري جـ٤ ص١٠٠ والقضاء المشار اليه.

(2) Civ. 1er, 30 avr. 1970, Bul. Civ.1., n.148.

يتعلق الحكم ببيع عدة أراضي بثمن مقسط، ويتوقف إتمام البيع والنقل النهائي للملكية علي دفع كامل الثمن وتحرير العقد الرسمي.

Civ. 3eme, 2 avr. 1979, J.C.P., éd. not. 1980.11.97

(3) Aubry et Rau, t. 5, $ 769-Ripert et Boulanger, T.2, n.2414.

للكلمـة[1] . يتولد عن هذا الوعد، طبقاً لقضاء النقض السابق، مجرد إلتزام بابرام عقد البيع، ولا ينتج عنه أي حق ملكية للمستفيد، وهو لا يتناقض مع تسليم البضاعة الذي يعد عملية مادية بحتة[2] .

ثالثـــا : تعجز النظرية القائلة بأن البيع مع الإحتفاظ بالملكية هو بيع معلق علي شرط واقف، عن تفسير أساس إلتزام البائع بالتسليم، ذلك أنه، في الواقع، لا يوجد أي إلتزام بالتسليم قبل تحقق الشرط الواقف الذي علق عليه البيع، بل ان اعمال قواعد البيع يؤدي الي عدم إلتزام البائع بتسليم المبيع طالما لم يدفع المشتري الثمن المستحق الاداء[3] .

رابعـا : يظل المبيع، في البيع المعلق علي شرط واقف، من عناصر الذمة الماليـة للبائع طالما لم يتحقق الشرط(عدم دفع الثمن) . ولا تتفق تلك النتيجة، في أغلب أحوال البيع مع الإحتفاظ بالملكية، مع إرادة الأطراف. بل أن قانون ١٢ مـايو ١٩٨٠ الفـرنسي تقوم أحكامه علي عكس ذلك، أي علي فرض إنتقـال المبيع من ذمـة البـائع الي ذمـة المشترى[4] .

خامسا : يقوم البائع، رغم إحتفاظه بملكية المبيع، بتسليمه للمشتري دون تقييد حقه، غالباً، في إستعماله أو التصرف فيه. فإذا قلنا بأن هذا البيع معلق علي شرط واقف، فما هو الاساس الذي يقوم عليه هذا الحق؟ أي أن

(1) L. Boyer, Rep. Civ., 2eme éd., V. Promesse de Vente, n. 173-J.Ghestin, Le Contrat, op.cit., n. 238, 239.

(2) J. Ghestin. Reflexions.... op.cit., n. 19

(٣) م. ١٦١٢ مدني فرنسي، م٤٥٩ مدني مصري.

(٤) انظر ماسبق ص ٨٢ .

هذه النظرية لا تصلح لتبرير الأساس الذي يستند اليه المشتري في التصرف واستعمال المبيع رغم عدم إنعقاد البيع[1] .

سادساً : يرفض الفقه دائماً القول بأن عدم تنفيذ أحد طرفي العقد لإلتزاماته يعد شرطاً واقفاً لإنعقاد العقد ذاته لأن عدم التنفيذ يخول، ببساطة، الطرف الآخر الإمتناع بدوره عن تنفيذ إلتزاماته، ومن ثم فإن تنفيذ العقد يكون، في هذه الحالة، خاضعاً لمطلق إرادة أحد طرفيه، أي أن العقد يكون معلقاً علي شرط إرادي محض[2] .

وهذا أمر يحظره القانون صراحة[3] . ومن المقرر أن المشتري في البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية يلتزم دائماً بدفع الثمن. ويكون للبائع الحق في إقتضاء الوفاء به. وله أيضاً حق طلب الفسخ عند تخلف المشتري عن الوفاء.

لكل تلك الأسباب لم تحظ النظرية السابقة بقبول الإتجاه العام في الفقه والقضاء[4] .

---

(١) انظر ماسبق ص ٨٢ .

(2) Condition purement protestive.

(٣) م ٢٦٧ مدني مصري، م١١٧٤ مدني فرنسي.

(٤) H., L. et J. Mazeaud, T. 111, n. 922.

وانظر في موقف القضاء مايلي ص ٢٣٣ .

وانظر في عرض الإنتقادات السابقة :

Rapport du Roure à la Conférence générale des Tribunaux de Commerce à Versailles de nov. 1980, Petites affiches, 12 janv. 1981.

المبحث الثانى
بيع معلق على شرط فاسخ

(أ)مضمون النظرية :

مفاد هذه النظرية ان البيع مع الإحتفاظ بالملكية هو بيع معلق علي شرط فاسخ هو عدم الوفاء بالثمن في الميعاد المتفق عليه في العقد. تنتقل ملكية البضاعة، طبقاً للقواعد العامة، الي المشتري، معلقة علي شرط فاسخ، منذ إنعقاد البيع[1].

يتملك المشتري المبيع ملكية تامة إلا أن حقه يظل مهدداً بالزوال ومن ثم يستطيع التصرف فيه بهذا الوصف. وإذا لم يف المشتري بالثمن في الميعاد المحدد تحقق الشرط الفاسخ ويزول البيع بأثر رجعي بقوة القانون دون حاجة الي حكم أو إعذار. وتعود ملكية المبيع، التي إنتقلت الي المشتري بالتعاقد، الي البائع بأثر رجعي بمجرد التخلف عن الوفاء بالثمن[2].

مؤدي ذلك ان الملكية تنتقل الي المشتري ثم تعود مرة أخري الي البائع من جديد. ويخفف من تلك النتائج، دون إستبعادها كلية، فكرة الاثر الرجعي للشرط. فالبائع الذي لم يستوف، في البداية، حقه في الثمن يظل كما لو لم تزول عنه قط صفة المالك للشئ المبيع، الا أن تبعة هلاكه تقع، في هذه الحالة، علي عاتق المشتري[3].

---

(١) م١٥٨٤ مدني فرنسي، م٢٦٩، ٢٧٠ مدني مصري.

(٢) السنهوري جـ٤، فقرة ٩٢ .

(٣) انظر ماسبق ص ٨٩ .

لقد كـان هذا هو الرأي الراجح في الفقـه قبل صـدور قـانون ١٢ مـايو ١٩٨٠ الفرنسي(١) . وذهب القضاء أيضاً في نفس الإتجاه(٢) .

(ب) تقدير النظرية:

لا شك أن هذه النظرية تفسر سلطات المشـتري علي الشئ المبـيع حيث يمكنه، عملاً، إستعماله والتصرف فيه، إلا أنها لا تتفق مع إرادة الأطراف ولا مع قصد المشرع، ذلك ان نقل الملكية ذاته يكون موقوفاً طبقاً لصـريح الإتفاق والنص القانوني، علي إستيفاء الثمن(٣) .

أضف الـي ذلك أنه لا يمكن قـبـول القـول بأن دفع الثـمن، وهو أحـد الإلتزامات الرئيسية للعقد، يكون في ذات الوقت شرطاً لإنعقاده(٤) . ويثـير الأخذ، في هذا المجال، بفكرة الشرط بالمعني الفني الدقيق، فاسخاً كان أم واقفاً، إعتراضاً جوهرياً يتمـثل في أنه من المشكوك فيـه تماماً إمكانيـة صياغة تنفيذ الإلتزام الرئيسي للمشتري في صورة شرط بالمعنـي الفني لهذه الكلمة. فالشرط يعتبر في الواقع واقعة خارجة عن إرادة الأطراف بينما يتوقف تنفيذ العقد، بداهة، وخاصة دفع الثمن، علي إرادة المشتري،

---

(1) Annick de Martel- Tribes, J.C.P. 1977.2875.

(2) Civ. 22 oct. 1934.1.151 note J.Vandamme, S. 1935. 1.337, note Esmein Amiens 10 jan. 1974, D. 1974, D.1974.363, R.T.D. Com. 1975.166, obs.J. Hémard-T.G. inst. Valenciennes 30 nov. 1956. Gaz.Pal. 1957.1.461.

(3) A. de Martel-Tribes, op.cit., n.5.

(4) J.Vandamme, note pécitée.

وانظر في الرد علي هذا النقد ما ذكرناه سابقاً ص ٢٢٣ .

في حالة التنفيذ الإختياري، وعلي إرادة البائع في حالة التنفيذ الجبري. وعلي أية حال فإن الأمر يتوقف علي إرادة الطرفين(١).

وقد سبق ان قرر فقهاء القرن التاسع عشر، بمناسبة التعرض لصحة شرط الإحتفاظ بالملكية. ان الصفة المباشرة لنقل الملكية ليست من جوهر عقد البيع بل من طبيعته فقط، وإنتهوا، بلا تردد، الي أنه يجوز للأطراف الإتفاق علي إرجاء هذا الإنتقال. وإنحصر النقاش فقط في الصفة المباشرة لنقل الملكية، اما الإنتقال في ذاته، كهدف ضروري ونهائي من العملية، فلم يكن مطلقاً محل نقاش. فالامر لم يتعلق سوي بمجرد تأخير أو بعبار أخري بأجل(٢). ان إعتبار نقل الملكية مجرد نتيجة محتملة للبيع أمر يصعب توافقه مع مفهوم عقد البيع ذاته(٣).

وأخيراً فإن إعتبار شرط الإحتفاظ بالملكية بمثابة شرط فاسخ لعقد البيع يتناقض مع روح الشرط ذاتها لأن هذا التكييف ليس من شأنه حفظ الملكية بل نقلها للمشتري ثم إعادة نقلها للبائع في حالة الفسخ(٤).

---

(1) J. Ghestin, Reflexions..., op.cit., n. 13.

(2) Ch. Atias, op.cit., n. 48.

(3) J.Ghestin, op.cit.

وتكشف الأعمال التحضيرية لقانون ١٢ مايو ١٩٨٠ عن حرص المشرع الفرنسي علي عدم إهدار أي من قانون الإلتزامات أو البيع وبصفة خاصة حكم المادة ١٥٨٣ مدني المقررة لنقل ملكية المبيع بمجرد التراضي.

Mourot, secrétaire d'Etat, Sénat, Séance 11 déc. 1979. J.O.P. 5325.

(4) A.de Martel-Tribes, op.cit.

المبحث الثالث

بيع مقترن بشرط فاسخ صريح

(أ) مضمون النظرية:

يري أصحاب هذا النظرية أن البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية هو بيع بات يقترن بشرط فاسخ صريح يحتفظ به البائع كشرط جزائي يتمكن عن طريقه من فسخ العقد في حالة إخلال المشتري بالتزامه بالوفاء بالثمن[1]. مؤدي ذلك ان شرط الإحتفاظ بالملكية هو في حقيقته شرط فاسخ صريح.

يختلف الشرط هنا كجزاء يوقعه البائع علي المشتري المتقاعس عن تنفيذ إلتزامه عن الشرط الفاسخ كوصف يعلق عليه البيع، طبقاً للإتجاه السابق[2]، حيث يؤدي تحقق الشرط الاخير الي زوال عقد البيع بأثر رجعي بقوة القانون دون أن يكون لإرادة الأطراف دخل فى ذلك، أما عن الشرط الأول فيتوقف اعماله علي إرادة الدائن به أي البائع[3].

ووجود الشرط الفاسخ الصريح في العقد لا يمنع من إنعقاده باتاً صحيحاً مرتباً آثاره بما في ذلك نقل الملكية حيث تنتقل مباشرة من البائع الي المشتري، في بيع المنقول المعين بالذات، بمجرد العقد. وإذا تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن إنفسخ البيع، بناء علي رغبة البائع، دون حاجة الي حكم. وتعود اليه ملكية المبيع ويمكنه بالتالي طلب إسترداده. وهو لا يلتزم آنذاك

---

(1) Y. Demoures, op.cit., n. 39

(٢) انظر ما سبق ص ٢٢٧ .

(٣) انظر بحثنا «دور القاضي إزاء الشرط الصريح الفاسخ».

بإعادة أقساط الثمن التي قبضها حيث تكون مستحقة، طبقاً للإتفاق، كشرط جزائي تعويضاً عن الأضرار التي حلت به بسبب الفسخ(١).

(ب) تقدير النظرية:

تصلح هذه النظرية لتفسير حق المشتري في الإستعمال والتصرف في المبيع في الفترة من وقت تسليمه الي وقت حلول أجل الوفاء بالثمن، حيث يكون للمشتري، كمالك للمبيع في هذه الفترة، كل السلطات التي يخولها له حق الملكية عليه. وتصلح النظرية كذلك في تفسير إلتزام البائع بتسليم المبيع بالرغم من عدم إستيفائه للثمن حيث يمنح المشتري اجلاً للوفاء به. الا أن البائع يفرض عليه، في ذات الوقت، قيوداً تتعلق بسلطته في إستعمال المبيع والتصرف فيه من شأنها ان تضمن له عودة المبيع بحالته المرجوة اليه في حالة فسخ البيع(٢). وتصلح هذه النظرية أخيراً لتفسير الكيفية التي تنتقل بها الملكية من البائع الي المشتري وتحمل الأخير، بالتالي، تبعة هلاك المبيع التي ترتبط بالملكية(٣).

ويؤخذ علي هذا الإتجاه مخالفته لروح التشريع وقصد المتعاقدين، فليس من شأن هذا التكييف حفظ الملكية للبائع بل نقلها للمشتري ثم إعادة نقلها للبائع في حالة الفسخ(٤). ومن الصعب إعتبار شرط الإحتفاظ بالملكية بمثابة شرط فاسخ صريح لإختلاف طبيعة وهدف كل منهما. حقاً أن

(١) مع أحقية القاضي، بطبيعة الحال، في تعديل التعويض بالقدر الذي يتناسب مع الضرر الفعلي (م١١٥٢ مدني فرنسي، م٢٢٤ مصري).

(2) Y. Demoures, op.cit., n. 40s.

(٣) في القانون الفرنسي، انظر حكم القانون المصري، ماسبق ص ٩١ .

(4) A. De martel- Tribes, op.cit.

بعض المحاكم أجرت بعض أحكام الشرط الثاني علي الشرط الأول، الا أنها إحتفظت، مع ذلك، بالتفرقة بينهما[1] . لذا جاءت محكمة النقض لتقرر صراحة أنه لا يمكن تفسير شرط الإحتفاظ بالملكية علي أنه شرط فاسخ صريح لأن الشرط الأول يقضي صراحة وبوضوح بتعليق نقل الملكية فقط علي الوفاء بالثمن[2] .

(1) Réq. 1er avr. 1936, D.4 1936. 281- Colmar 25 mrs 1950 Cité par Y.Demoures, op.cit, n. 43) 14 oct. 1977, R.T.D. com. 1980. 43 obs. Von Breitenstein.

(٢) انظر مايلي ص ٢٣٢ .

المبحث الرابع

بيع معلق فيه إنتقال الملكية على الوفاء بكامل الثمن

(محكمة النقض الفرنسية)

(أ) مضمون النظرية :

طبقاً لهذه النظرية التي تبنتها محكمة النقض، ان شرط الإحتفاظ بالملكية لحين الوفاء بكامل الثمن يتعلق فقط، بنقل الملكية، أي أننام أمام شرط واقف لنقل الملكية وليس لتكوين العقد. ويستند ذلك التحليل علي فكرة ان نقل الملكية من طبيعة عقد البيع وليس من جوهره[١].

ويري انصار هذه النظرية أنها التفسير الوحيد الذي يتفق، في ذات الوقت، مع ظروف القانون من جهة والتطور القضائي من جهة أخري. ومن ثم فإن الشرط المذكور يرد علي نقل الملكية وهو أمر لا يتعلق بالنظام العام. لذا ينبغي الفصل بين عقد البيع الذي ينعقد باتاً بين طرفيه ونقل الملكية الذي يعلق علي الوفاء بكامل الثمن[٢].

فالبائع الذي يمنح المشتري أجلاً للوفاء، دون النص علي أجل مقابل لتسليم المبيع، يلتزم بتسليمه للمشتري بمقتضي عقد البيع. ونظراً لإحتفاظ البائع بملكية المبيع فإنه يظل متحملاً تبعة هلاكه[٣]. ويترتب علي عدم

(1) J.Vendamme, note sous Cass. 288 mars et 22 oct. 1934, D.P. 1934.1.151.

(2) J.cquaviva et C. Bacrot, op.cit.. n. 033.

(٣) في القانون الفرنسي، إنظر ماسبق ص ٩٠ .

والجدير بالذكر أن هذه النظرية تلقي تأييد جانب من الفقه المصري، إنظر مايلي ص٢٧٦ .

إنتقال ملكية المبيع بقاءه ضمن عناصر الذمة المالية للبائع. ولا يجوز التعويل عليه كقيمة مالية في ذمة المشتري.

ينبغي التفرقة، في هذا المجال، بين الشرط الواقف الذي يلحق العقد في جملته والشرط الذي يلحق الإلتزام بنقل الملكية. أي أنه ينبغي التمييز بين ما إذا كان الشرط وصف في العقد ككل أم وصف لأحد الإلتزامات الناشئة عنه. أي هل يتم تعليق عقد البيع علي الشرط الواقف أم يقتصر التعليق علي نقل الملكية؟

وتبدو أهمية التفرقة في ان عقد البيع المعلق علي شرط واقف لا ينعقد قبل تحقق الشرط ولا يرتب بالتالي آثاره المعروفة. ونفس الشئ تقريباً في حالة ما إذا كانت كل آثار البيع مؤجلة لحين الوفاء بكامل الثمن. يؤدي قيام البائع بإسترداد البضاعة المبيعة لعدم إستيفاء ثمنها، في هذا الفرض، الي إنهاء الروابط القانونية الناتجة عن العقد وذلك دون حاجة الي إتخاذ أي إجراء آخر.

أما إذا قلنا، في الفرض الآخر، بإنعقاد البيع وترتيب كل آثاره ما عدا نقل الملكية، فإن إسترداد البائع للبضاعة ليس من شأنه إنهاء العقد. بل ينبغي إتخاذ إجراء آخر للوصول الي تلك النتيجة. ويتمثل ذلك في دعوي الفسخ أو الشرط الفاسخ الصريح والذي عن طريقه يمكن، بصفة خاصة، تسوية حكم اقساط الثمن المدفوعة[1]، ويمكن للبائع الإحتفاظ بها، وعلي سبيل التعويض، بمقتضي وجود شرط جزائي فى العقد[2].

---

(1) J. Ghestin, Reflexions ..., op.cit., n. 16 .

(٢) ويحق للقاضي بطبيعة الحال، مراجعة قيمة التعويض المستحق، إنظر ماسبق ص ١٠٣ .

(ب) موقف محكمة النقض الفرنسية :

لعله من المناسب إستعراض وقائع الحكم الذي أعلنت بمناسبته محكمة النقض تبنيها لتلك النظرية. طلبت شركة من أخري مجموعة معدات يشكل كل جزء منها ثمناً مستقلاً. إحتفظت الشركة الموردة بملكية البضاعة لحين الوفاء بكامل الثمن. تم تسليم كل المعدات وتثبيتها لدي الشركة المشترية. شب حريق قبل الإنتهاء من اللمسات الأخيرة للتركيب وتجربة المعدات، فقضي تماماً علي التجهيزات المقامة بما في ذلك البضاعة المحتفظ بملكيتها. طلبت الشركة الموردة الجزء المتبقي من الثمن. رفضت الشركة المشترية الدفع بل وطلبت إسترداد الفرق بين الجزء المدفوع من الثمن ومبلغ التعويض الذي تقاضته من المؤمن.

عرض الامر علي محكمة «ستراسبورج التي قضت، طبقاً لنصوص العقد، يتحمل المشتري للمخاطر وإلتزامه بدفع كل الثمن. أيدت محكمة إستئناف «كولمار» الحكم إستناداً الي أن البيع معلق علي شرط فاسخ ومن ثم فإن المشتري كان مالكاً للبضاعة لحظة هلاكها ويتحمل بالتالي، تبعة المخاطر، ويلتزم بدفع كل الثمن وفوائده. نقضت محكمة النقض الحكم مقررة أن شرط الإحتفاظ بالملكية ليس شرطاً فاسخاً، وأحالت الدعوي الي محكمة استئناف «ميتز» للفصل فيها، فإلتزمت بإتجاه محكمة النقض وقررت إلتزام البائع برد الجزء من الثمن المدفوع بالإضافة الي الفوائد منقوصاً منه التعويض الذي حصل عليه المشترى من المؤمن[1].

---

(1) Com. 20 nov 1979 (affaire Mécarex), Bull. Civ., IV, n. 300-R.D.Com. 1980.43 obs. D. Von. Breitenstein.

(حـ) يبدى الفقه على النظرية، من خلال الحكم، الملاحظات التالية:

أولاً : إذا كان المشتري قد حصل علي تعويض جزئي من مؤمنه، فإن التساؤل الذي يطرح نفسه هو لماذا لم يتدخل المؤمن في القضية المرفوعة علي البائع لطلب إسترداد التعويض الذي تم دفعه للمشتري؟ وإذا كان الاخير قد أراد تحميل البائع تبعة هلاك المبيع فلماذا قام بالتأمين عليها؟ لعل البائع إشترط عليه ذلك أو لعل المشتري أراد، كما هو الغالب، اجراء التأمين علي سبيل الإحتياط حتي ولو كان هناك شخص آخر يتحمل تبعة الهلاك. ومن المقرر، في هذه الحالة، أن يسمح المؤمن له للمؤمن بإستخدام حق الرجوع المقرر له قبل المدين بتحمل تعويض الضرر. فلماذا لم يلجأ المؤمن الي إستخدام هذا الحق؟

تجيب المحكمة علي التساؤل الأول بقولها أن التأمين الذي يبرمه المشتري يكون لصالح من تخصه البضاعة، ومن ثم فإن عدم الرجوع يمكن تفسيره بإن إلتزام المؤمن هو ذاته سواء إنعقدت ملكية البضاعة للبائع أم للمشتري. يثور التساؤل آنذاك لماذا ينعقد التأمين لصالح من تخصه البضاعة وليس لصالح المشتري. وعلي أية حال فإنه نظراً لأن التأمين ينعقد لصالح من تخصه البضاعة فإن التعويض عن الهلاك يدفع للمالك أي البائع المحتفظ بالملكية وليس المشتري. هذا مع التزام البائع برد الأقساط التي حصلها[1].

والواقع أنه يمكن القول بأن دفع التعويض يكون موضوعاً للإنابة مع

---

(1) Com. 1er oct. 1985, R.D. Com. 1986, obs. J. Hemrd et B. Bouloc.

الوفاء وذلك لتفادي حصول المستفيد علي التعويض دون أن يحصل العميل علي الأقساط التي دفعها من الثمن. ويبدو، في الحقيقة، ان المشتري، في القضية المعروضة، حصل مباشرة علي التعويض مما دفع الاطراف الثلاثة وكل من محكمة أول درجة والإستئناف المؤيد لها الي تقرير تحمل المشتري، بطبيعة الحال، لمخاطر هلاك المبيع(١).

ثانيا : إن وقائع القضية لا تبدو علي درجة كافية من الوضوح علي نحو يجعل من حكم النقض مبدأ عاماً في موضوع شرط الإحتفاظ بالملكية(٢). والواقع أنه، فيما يتعلق بموضوع توريد المعدات التي تشكل جزءاً من العملية الإنتاجية، يمكن تعريف العقد بأنها اما بيع أو مقاولة لا تنتقل فيه الملكية أو المخاطر الي المشتري الا بعد إتمام تركيب المعدات وتجريتها.

قررت محكمة إستئناف كولمار إعتابر العقد بيعاً مع النظر الي شرط الإحتفاظ بالملكية علي أنه شرط فاسخ. وتلك النقطة الأخيرة هي التي تم عرضها علي محكمة النقض ورفضتها صراحة(٣). أما مسألة تحمل تبعة الهلاك فقد تم حسمها في النهاية كما لو كنا بصدد عقد مقاولة وكان من الممكن إضفاء مثل هذا التكييف علي العقد. ومن ثم فإنه ينبغي لمعرفة موقف محكمة النقض النهائي في المسألة الإنتظار حتي تتاح لها فرصة الفصل في واقعة تتعلق ببيع بحت وبسيط.

---

(1) Y. Demoures, op.cit., n.46.

(2) J. Acquaviva et C. Bacrit, op.cit., n.031 .

(٣) وانظر في نفس الإتجاه كذلك:

Com 1er oct. 1985, op.cit.

وعلي أية حال ينبغي النظر الي حكم النقض كتعبير عن إرادتها في أن تعطي الكلمات معناها الكامل وترتب علي الشروط كافة آثارها. وليس من الطبيعي أن نستخلص، في الواقع، من نفس الشرط جزءاً من آثاره المواتية لأحد الأطراف ونستبعد الجزء من الآثار الغير مواتي له. ينبغي علي البائع العلم بأن إحتفاظه بالملكية يحمله تبعة المخاطر(١) ما لم يتفق صراحة علي عكس ذلك مع المشتري(٢).

ثالثاً: بالنسبة للبائع، الذي يتحمل تبعة الهلاك كمالك رغم تسليمه المبيع للمشتري، ينبغي أن تنحصر الخسارة، في حالة هلاك البضاعة، بالنسبة له، في رد قيمتها دون الإلتزام بالتسليم مرة أخري، بينما يستطيع المتعاقد، في حالة عقد المقاولة، أن يطلب التوريد من جديد اذا هلكت المعدات قبل تسليمها نهائياً(٣).

ويستقر العمل التجاري الدولي علي إنتقال تبعة الهلاك الي المشتري عند تسلمه المبيع. ويقضي القانون الموحد لإتفاقية لاهاي بإنتقال تحمل التبعة مع التسليم(٤). ويخالف حكم النقض بطبيعة الحال، هذا العمل. لاشك ان الامر يمكن الإتفاق علي ما يخالفه، حيث يجوز للأطراف حرية تحديد ميعاد ومكان التسليم (المصنع أو رصيف التفريغ أو محطة الوصول). ويمكن للأطراف تحديد لحظة إنتقال تبعة هلاك المبيع المحتفظ بملكيته.

---

(١) انظر ماسبق ص ٩٣ .

(2) Y. Demoures, op.cit., n. 47.

(٣) نفس الموضع.

(٤) ونفس الحكم في القانون المصري، انظر ماسبق ص٩١ .

رابعــا : ان النظرية القائلة بأن البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية هو بيع بات علق فيه إنتقال الملكية علي الوفاء بالثمن، تعجز عن تبرير حق المشتري في إستعمال المبيع وتلقي ثماره والتصرف فيه. ذلك ان تعليق إنتقال الملكية يستتبع بالضرورة حرمان المشتري من إستعمال الحقوق التي تتضمنها الملكية، ما لم يخول ذلك بمقتضي إتفاق آخر صريح أو ضمني.

دو ان ذلك ما تعرضت له محكمة استئناف «ميتز» ضمناً لأنها بحثت

بالثمن في الميعاد المحدد، وأراد البائع، في حالة عدم الوفاء، إسترداد المبيع، فهل يتم ذلك بنفس الطريقة التي تجري في حالة فسخ البيع؟ فهل معني ذلك أن للشرط المذكور أثران: تعليق إنتقال الملكية، وقوع الفسخ دون أن يكون للقاضي سلطة منح المدين أجلاً للوفاء؟ هذا ما يحاول الإجابة عليه أصحاب النظرية التالية.

المبحث الخامس
بيع مضاف الى أجل واقف

نعرض لمضمون النظرية ثم لتقديرها:

(أ) مضمون النظرية:

مؤدي هذه النظرية أن البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية هو بيع مضاف الي أجل واقف يتفق فيه الأطراف علي أرجاء تنفيذ العقد الي حين حلول الاجل وهو الموعد المحدد لدفع الثمن[1]. وينبغي، عند حلول الأجل، الوفاء بكامل الثمن. تنتقل ملكية البضاعة من البائع الي المشتري، منذ ذلك الحين، ودون أثر رجعي بخلاف الحال بالنسبة للبيع المعلق علي شرط واقف. ولا يمنع ذلك، بطبيعة الحال، إمكانية إتفاق الأطراف علي مخالفة تلك الآثار أي جعل إنتقال الملكية بأثر رجعي في حالة الاجل الواقف، وترتيب انتقالها بأثر فوري في حالة الشرط الواقف. أي أنه يجوز للأطراف، بإتفاق صريح، ترتيب أو إستبعاد الاثر الرجعي للوفاء أياً كان التكييف الذي يمكن إضفاءه علي هذه الواقعة[2]. والواقع ان هذه المسألة لا تستوقف نظر الأفراد كثيراً

---

(1) Du Pontavice, Bull. du Conseil national des Commissaires aux Comptes déc. 1975, P. 472.

وقد عدل المؤلف عن رأيه بعد صدور قضاء النقض في قضية Mecaex. وانظر ما سبق ص ٢٣٣ .
Banque, nov. 1980, P. 122.

(٢) والجدير بالذكر، في هذا المقام، إنه في مجال البيوع التجارية حيث يتوقف ترتيب آثرها علي دفع كامل الثمن وتحرير العقد الرسمي، فان القضاء، رغم إشارته الي الشرط الواقف، يحد أو يستبعد أثره الرجعي إستناداً الي إرادة الأطراف.

L. Boyer, Rp. Civ. 2 eme éd., V. Promesses de Vente, n. 175
s-Civ. 24 juill. 1946, J.C.P. 1946.11.3301, note E. Becqué-10 mars 1954, Bull. Civ 1,n. 93-30 avr. 1970, J.C.P. 1971.11.16674 note Mourgeon.

عند إبرام العقد، إلا أن أهميتها تكمن أساساً بالنسبة للغير الذي يرتب له المشتري حقاً علي البضاعة قبل دفع كامل الثمن.

وبالنسبة للإلتزامات المتبادلة بين البائع والمشتري في الفترة قبل حلول الأجل، تنشأ عن إتفاق اضافي ينظم العلاقة بينهما في هذه المرحلة. تتوقف الطبيعة القانونية لهذا الإتفاق علي ماهية شروطه واحكامه. فقد يلتزم المشتري بأن يدفع للبائع مبالغ معينة في مواعيد محددة علي سبيل الوديعة علي أن يكون المبلغ الاخير في موعد الوفاء بكامل الثمن، ويلتزم البائع، في المقابل، بتسليم البضاعة للمشتري علي سبيل الوديعة (حيازته لها دون أحقيته في إستعمالها أو التصرف فيها)، أو علي سبيل العارية (أحقيته في الإستعمال أو التصرف فيها)، أو علي سبيل العارية (أحقيته في الإستعمال دون التصرف)، أو علي سبيل الإيجار لمدة محددة (أحقيته في الإستعمال، دون التصرف، مقابل أجرة معينة). وبطبيعة الحال فإنه، قبل حلول الأجل المحدد للوفاء، ليس للبائع أن يطالب بإسترداد المبيع وليس للمشتري ان يطالب بإسترداد الاقساط التي تم دفعها.

وبحلول الاجل المتفق عليه يتم تنفيذ الإلتزامات الناتجة عن عقد البيع، حيث يتم الوفاء بالثمن عن طريق المقاصة مع المبالغ المودعة لدي البائع، ويتم التسليم بمجرد تبادل التراضي بين الأطراف لأن المبيع يوجد سلفاً في حيازة المشتري[١]. وإذا لم يتم دفع الثمن في الميعاد المحدد يزول البيع بقوة القانون، ويلتزم المشتري برد البضاعة التي تلقاها وبدفع التعويض عن

---

(١) وهذا ما يسمي بالتسليم الحكمي، إنظر المادة ٢/٤٣٥ مدني مصري التي تقضي بأنه «يجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين اذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع....

الاضرار التي حلت بالبائع بسبب الإخلال بالإلتزام، ويلتزم البائع برد الأقساط التي تلقاها من الثمن الا في حالة وجود شرط جزائي يبيح له الإحتفاظ بها علي سبيل التعويض، ويمكن إعتبار شرط الإحتفاظ بالملكية علي سبيل المجاز، شرطاً جزائياً(١).

ومن البديهي ان المشتري سيتحمل إلتزاماته، في هذا الفرض، اما بوصفه مودعاً لديه أو مستعيراً أو مستأجراً، وتقدر مسئوليته، في حالة فسخ البيع، طبقاً للمادة ١٣٠٢ مدني فرنسي (٢٠٧ مصري) المتعلقة بهلاك الشئ الذي يلتزم المدين بتسليمه، والمادة ١١٣٧ مدني فرنسي (٢١١ مصري) المتعلقة بالإلتزام بالمحافظة علي الشئ. واذا أراد التخلص من إلتزامه بسبب القوة القاهرة تعين عليه إثباتها. ويقدر خطأه، في هذه الحالة، بنفس الشدة التي يقدر بها خطأ من يسلم اليه الشئ تحقيقاً لمصلحته (المستعير مثلاً) م١٩٢٨ مدني فرنسي، ٦٤١ مصري. أي أننا من الناحية العملية نكون أمام إلتزام بنتيجة يلتزم المشتري بتحقيقه، ولتدعيم هذا الإلتزام يتم الإتفاق عادة علي تحميل المشتري تبعة هلاك المبيع في نفس العقد المتضمن شرط الإحتفاظ بالملكية، ويشمل هذا الإتفاق، بلا شك، تحمل مخاطر نقل المبيع.

ان تكييف البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية بأنه بيع مضاف الي أجل واقف مدعم بإتفاق اضافي يفسر لنا عدم إنتقال ملكية البضاعة المسلمة للمشتري، سواء كانت معينة بالذات أو معينة بالنوع أو تحت التجهيز، حيث يؤدي اتفاق الأطراف الي إرجاء ترتيب آثار البيع الي أجل معين وتكون

---

(١) مع سلطة القاضي في تعديل التعويض بطبيعة الحال.

المعايير المعتادة لنقل الملكية غير قابلة للتطبيق قبل حلول الاجل. ويظل المبيع ضمن عناصر الذمة المالية للبائع حتي حلول الأجل ودفع كامل الثمن. ويتحمل البائع، كمالك، تبعة هلاك البضاعة، في هذا الفترة [(١)]، سواء تم تسليمها للمشتري أم لا، ما لم يوجود إتفاق مخالف بطبيعة الحال.

وبتطبيق هذه النظرية علي الواقعة التي عرضت علي محكمة النقض[(٢)]، فإن ظروف الدعوي، ولو لم يوجد إتفاق صريح علي تحمل المشتري تبعة هلاك المبيع، تدفع الي الإعتقاد بوجوب تحمل المشتري نتائج حريق البضاعة. ان عملية إيداع البضاعة قد تمت، في الواقع، لمصلحة المشتري ومن ثم لا يلتزم البائع بإثبات خطأ الأول لتحميله مسئولية هلاكها، بل ان المشتري يكون مسئولاً عن الهلاك، ولا يمكنه التخلص من المسئولية الا بإثبات السبب الأجنبي. وتلك مسألة ليست باليسيرة. وبفرض ان محكمة النقض رفضت تكييف العقد، في الواقعة المعروضة، بأنه بيع معلق علي شرط فاسخ، فان المشكلة لن تثور أصلاً نظراً لأن المشتري سيتحمل تبعة الهلاك بوصفه أصبح مالكاً للبضاعة[(٣)].

وتجدر الإشارة أخيراً الي أن البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية لا يتولد عنه أي حق عيني للمشتري. ونظراً لأن الشرط المذكور هو مجرد أجل واقف، فليس له أي أثر رجعي. والمشتري لا ولن يكون له أي حق عيني علي البضاعة المبيعة قبل الوفاء بكامل الثمن.

(١) انظر ماسبق ص ٩٣ .

(٢) انظر ما سبق ص ٢٣٣ .

(3) Y. Demoures, op.cit. n. 51 s.

ومن المتصور وجود أكثر من تحليل نظري في هذا المقام، يستطيع الاطراف الاستعانة بأي منها، ومع ذلك فإن الفرض الذي يوجد فيه عملاً شرط الإحتفاظ بالملكية يتمثل في بيع نهائي تتوالي آثاره بالتدريج في إطار المدد المتفق عليها. فهناك أولاً مدة التسليم ثم مدة الوفاء بالثمن التي يرتبط بها نقل الملكية. ويبدو تنفيذ العقد بالتدريج أكثر وضوحاً في حالة إتمام الوفاء عن طريق إقساط متتالية[١].

ولعله من المناسب تكملة شرط الإحتفاظ بالملكية بشرط فاسخ وآخر يربط تبعة الهلاك بالتسليم دون الملكية. ولا شك في صحة هذه الإتفاقات بين الأطراف، الا أنها لا تسري في حق جماعة الدائنين الا طبقاً للقواعد العامة وليس طبقاً لنصوص قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ .

---

(1) J.Ghestin, Reflexions..., op.cit., n. 20.

(ب) تقدير النظرية:

نعرض للأسانيد التي يستند اليها أنصار النظرية والإنتقادات التي وجهت اليها:

أولا : يحاول المنادون بهذه الإتجاه [1] ان يجدو لهم سنداً من التشريع بقولهم ان عبارة قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ جاءت محايدة لأنها تقضي بأن شرط الإحتفاظ بالملكية يوقف «نقل الملكية الي أن يتم الوفاء بكامل الثمن La Clause suspend "Le transfert de propritété au paiement integrat du prix". حقاً أن الاعمال التحضيرية تكشف عن تعلق الامر بشرط وليس بأجل [2]، الا أنه ليس من المؤكد ان البرلمانيين كان لديهم إدراك واضح للمعني الفني لكلمة شرط. فالتعبيرات التي إستخدموها عادة لتصف شرط الإحتفاظ بالملكية توحي بالإعتقاد بأنهم يتحدثون عن الشرط بينما ينصرف تفكيرهم الي الاجل، فبالنسبة لهم يشترط البائع إحتفاظه بالملكية «حتي الوفاء بكامل الثمن» "Jusqu'au Paibment integral du prix وأن الملكية لا تنتقل إلي المشتري إلا عندما يقوم بدفع كامل الثمن. La Proprie´te´ne passera à l'acheteur que lorsque celui-ci aura payé l'integralité du prix" [3].

---

(1) J.Ghestin, op.cit, n. 11.

(2) Million, Rapport, Document n. 1492, P. 5-ss. nt. 2 eme séance 18 avr. 1980 J.O., P. 568, Col. 2-Rudolff, Documents n. 14- Sénat, annexe au P.V. de la séance du 10 oct. 1979. P. 14- proposition Dubanchet, exposé des motifs, P. 4s.

(3) Rapport Million, op.cit. P. 3 et 4.

فإذا كان الامر يتعلق بشرط كان ينبغي أن تكون الصياغة علي النحو التالي: لا تنتقل الملكية الي المشتري إلا إذا دفع الثمن "L propritété ne serait transféré que "si" il payait le prix"[1].

ويضيف اصحاب هذا الرأي أنه ينبغي الأخذ في الحسبان، طبقاً لهذا الإتجاه، ان واضعي القانون المذكور قصدوا صراحة تبني تعريف الشرط الوارد في قضاء محكمة النقض بصدد قضية Mecarex [2]. والواقع ان هذا الحكم لم يتضمن أية اشارة الي كلمة «شرط» "Condition". ان مضمونه يكمن في فكرة رئيسية هي ان نقل الملكية يتأخر، بسبب اعمال الشرط، حتي الوفاء بكامل الثمن. وعلي أية حال فإنه من الواضح ان القضاء السابق علي صدور القانون الحالي، وان تردد بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ[3]، إلا أنه لم يجد نفسه في مواجهة صعوبة عملية تتعلق بالخيار بين الشرط والاجل[4]. ومن الجدير بالذكر ان القضاء البلچيكي قد انحاز بوضوح الي فكرة الاجل الواقف دون الشرط[5].

---

(1) Millon, ss. nt. 2 eme séance 18 vr. 1980, J.O., P. 568, Col. 2. :انظر كذلك والذي بعد إشارته الي أن الامر يتعلق بشرط واقف، أصر علي واقعة بقاء البائع مالكاً للبضاعة طالما لم يتحقق الشرط أي طالما لم يتم دفع كامل الثمن.

(٢) انظر ما سبق ص ٢٣٣ .

(٣) انظر ما سبق ص ٢٢١ ، ٢٢٧ .

(4) J. Ghestin, op.cit., n. 12.

(5) J. Rault, Les par les quelles le Vendeur de meubles tente d'échapper à la loi du dividende, Rév. Gén. faillite, 1936.396- Martel-Tribes, op.cit., n.6- R. Juan-Bonhomme, le transfert des risques dans la Vente de meubles Corporels, thèse Montpellier 1978, P. 156, n. 169- Bruxelles, 11 jan 1929, Pasicrise 1929.2.123-Cass. Belgique. 9 féc. 1933, Pasicrisie, 1933.1.103, Conc. Leclerq.

ثانياً : ينتقد الفقه القول بأن شرط الاحتفاظ بالملكية هو أجل واقف لان دفع الثمن، في العلاقات التجارية بصفة خاصة، واقعة غير مؤكدة[1]. فيسار المشتري، وخاصة التاجر، في البيع الإئتماني، أمر غير يقيني وصعب التقدير، ومن ثم يصعب القول بأن نقل الملكية مضاف الي أجل غير مؤكد علي هذا النحو[2].

يجيب انصار نظرية الاجل علي هذا النقد بقولهم: حقاً ان الصفة غير المؤكدة للواقعة تعد معياراً لتمييز الشرط عن الاجل، الا انه ينبغي تحديد مدلول ذلك المبدأ، حيث ينبغي لوجود الشرط أن تكون الواقعة غير مؤكدة من الناحية الموضوعية. فموت شخص معين لا يعد شرطاً لأنه أمر مؤكد حتي ولو كان التاريخ غير مؤكد، ومن ثم فهو أجل مؤكد، ولا يكفي عدم يقين حدوث الواقعة موضوعياً بل ينبغي ألا يأخذ الأفراد هذا الحدوث علي أنه أمر مؤكد[3].

---

(1)Vendamme, note, op.cit. P. 154.
(2) Martel- tribes, op.cit., n.9.
(3) J. Ghestin, op.cit. n. 14.

ويدلل هذا الفقه علي ذلك بالقضاء المستقر في موضوع الوعد بالتعاقد فيما يتعلق بالدور المقرر لتحرير العقد الموثق حيث يعتمد علي علي وقوع حدث محدد. اذ تؤكد محكمة النقض بأنه لا يوجد أى شرط في حالة عدم قيام أدني علاقة مشروطة وحاسمة بين إلتزامات الأطراف والواقعة المستقبلة المؤكدة الحدوث، المتفق عليها بينهما، ولو في وقت غير محدد.

وقد تمثلت الواقعة في قيام المشتري ببيع عدة شقق يمتلكها. لايمكن إعتبار إتمام هذه العملية أمر مؤكد الحدوث. ولكن العقد في هذه الحالة، لا يكون معلقاً علي شرط لأن الأطراف لم تكن لديهم مطلقاً نية تعليق إتفاقهم علي حدوث الواقعة المذكورة حيث بدت لهم، خطأ أو صواباً، كأمر مؤكد.

Civ. 27 nov. 1969, Bull.Civ. 111, 772-R.T.D. Civ. 1970, 768, n. 13 obs. Y. Loussouarn- T.G. inst. Nice, 24 oct. 1970, J.C.P. 1971.11.16866, note J. juridiques, thèse , Lille 1977, n. 52s.

ان الوفاء بالثمن، في البيع الإئتماني، لا ينظر اليه كمجرد أمر إحتمالى بل يقيني. فإلتزام المشتري هو إلتزام بسيط وغير معلق علي شرط. ولا يتأثر ذلك التكييف بإمكانية إعساره عند حلول الاجل. والقول بغير ذلك مؤداه ان كل البيوع الإئتمانية لا تولد سوي إلتزامات مشروطة، ونوجد، في هذه الحالة، أمام مخاطرة اضافية في الإستعمال التعسفي لكلمة الشرط وهو أمر محل نقد(١).

والواقع ان الوفاء، في البيع الإئتماني، مضاف الي أجل يؤخر إستحقاقه. ويقتصر دور شرط الإحتفاظ بالملكية علي الربط التام بين نقل الملكية ودفع كامل الثمن وذلك بجعل هذا النقل، طبقاً لصياغة قانون ١٢ مايو ١٩٨٠، تابعاً للوفاء. فالوفاء يكون إذن شرطاً لنقل الملكية. إلا أن كلمة شرط لم تستخدم هنا في معناها الفني. فهي لا تعني هنا الحدث غير محقق الوقوع والخارج عن إرادة الأطراف، بل تعني فقط ان نقل الملكية لن يتم الا إذا تم الوفاء بالثمن، كقولنا بأن العقد لا يكون صحيحاً الا إذا تضمن تراضي ومحل وسبب.

ويترتب علي شرط الإحتفاظ بالملكية تأخير كل من إنتقال الملكية والوفاء بالثمن، كنتيجة لنفس الأجل، فنقل الملكية في أجل يقابل دفع الثمن في أجل أيضاً. وإنطلاقاً من ذلك فإنه يكفي تحديد نفس المدة للوفاء بالثمن ولنقل الملكية. إلا أنه نظراً للمدد الإضافية التي تمنح للمشتري للوفاء يكون من الابسط والاضمن للبائع تأخير نقل الملكية لحين الوفاء الفعلي بالثمن. ويكون اللفظ آنذاك، بلا شك، غير مؤكد، ولكن ذلك لا يعني مطلقاً أنه

(1) V. ph. Derouin Pour une analyse "Fonctionnelle" de la condition, R.T.D. Civ. 1978. spéc. 7s.

شرط بالمعنى الفني لأن الوفاء ونقل الملكية، بالرغم من تأجيلهما، إلا أنهما، بالنسبة للأطراف، التزامان مؤكدان(١).

ويخلص انصار هذا الإتجاه الي أن شرط الإحتفاظ بالملكية هو مجرد أجل يترتب عليه، وفقاً للصيغة المستعملة، في الغالب، سواء في العمل أو من جانب القضاء، وقف نقل الملكية الي حين دفع كامل الثمن(٢).

ثالثاً: ان النظرية القائلة بأن البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية هو بيع مضاف الي أجل واقف لا يمكن تطبيقها، بأية حالة، علي البيع الذي لا يتضمن أي قيد علي حق المشتري في التصرف في المبيع المسلم اليه. فالواقع ان الحق في التصرف يقتضي نقل الملكية الي المتصرف. ونفس الشئ بالنسبة لإستعمال الأشياء القابلة للإستهلاك حيث لا يجوز للمشتري إستعمالها الا إذا كان مالكاً لها ما لم نكن بصدد عارية إستهلاك Prêt de Consommation أو وديعة ناقصة Dépôt irregulier حيث يلتزم المستعير أو المودع لديه برد شئ مطابق. ومن الصعب تصور الامر علي خلاف ذلك. فإذا تضمن البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية نقل الحق في التصرف في المبيع للمشتري فإن العقد، في هذه الحالة، لا يمكن تكييفه الا بأنه بيع مقترن بشرط فاسخ هو عدم الوفاء بالثمن.

ولتطبيق النظرية السابقة ينبغي أن يدرك الأطراف أن الحقوق والإلتزامات المتبادلة بينهم، في الفترة ما بين إنعقاد العقد وحلول الاجل، تنبع من إتفاق آخر غير البيع بكل ما يترتب علي ذلك من نتائج: فلا يدخل

---

(1) J. Ghestin, op.cit., n. 14.

(٢) نفس المقالة فقرة ١٥ .

حق البائع قبل المشتري ضمن حساب مبيعاته، ولا تدخل البضاعة المسلمة للمشتري في ذمته المالية ولا تحسب ضمن رصيده أو رأسماله الثابت أو محلاً لإستهلاكه. وبدون ذلك فإن البيع لا يمكن أن يكون سوي بيع معلق علي شرط فاسخ.

لكل ما سبق فإن النظرية المذكورة لا تستجيب، في الواقع، لكل المواقف[1]. لذا ظهر الإتجاه القائل بعدم وجود طبيعة قانونية موحدة للبيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية، حيث تختلف هذه الطبيعة بحسب الفروض والمواقف.

---

(1)Y. Demmoures, op.cit., n. 59.61 .

المبحث السادس

تعدد الطبيعة القانونية للبيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية

تكشف المحاولات السابقة عن صعوبة اضفاء تكييف قانوني موحد علي البيع مع شرط الإحتفاظ بالمكية بسبب تعدد وتباين صورة العملية المرتبطة بطبيعة النشاط التجارى، المجال الغالب لاعماله وما يتسم به من سرعة ومرونة وما يتطلبه من تجاوب كامل مع مبدأ الحرية التعاقدية.

لعله من المناسب، في هذا المقام، محاولة التعرف علي إتجاه إرادة الأطراف من خلال الإتفاقات المختلفة في الواقع العملي وإجراء الوصف القانوني المناسب للبيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية.

يتضح من تلك الدراسة ان إحتفاظ البائع بملكية المبيع لحين إستيفاء الثمن يخوله أمرين هامين:

الأول : الضغط علي المشتري لحثه علي دفع كل الثمن، حيث يخشي مخاطر الإلتزام برد كل البضاعة للبائع حتي ولو كانت قيمتها تفوق الدين المستحق عليه، أي ولو لم يتبق عليه من الثمن سوي جزءاً يسيراً.

الثانى : يتمتع البائع بإمتياز علي المبيع الذي لم يستوف ثمنه، في مواجهة باقي دائني المشتري المفلس. إذ يكون للبائع الحق في إسترداد البضاعة بشرط أن تظل علي حالتها العينية.

إلا أنه من ناحية أخري لا تنصرف نية البائع، كأصل عام، الي وضع عقبة أمام المشتري تعوق إنتفاعه بالبضاعة أو التصرف فيها، هذا ما لم يتضمن العقد إتفاقاً صريحاً علي خلاف ذلك.

تتوقف النتائج القانونية للبيع مع شرط الإحتفاظ أساساً علي مدي أحقية المشتري في إستعمال المبيع والتصرف فيه.

لعله من خلال تلك الملامح الرئيسية والمعيار المذكور يمكن القاء الضوء علي طبيعته القانونية. يكشف الواقع عن تصنيف البيوع المقترنة بشرط الإحتفاظ بالملكية الي طائفتين(١): بيع معلق علي شرط فاسخ ومقترن بشرط جزائي، بيع مضاف الى أجل واقف مع شرط فاسخ وشرط جزائي ومقترن بإتفاق مرحلي.

الطائفة الأولى

بيع بشرط فاسخ وشرط جزائى

يدخل في هذه الطائفة البيع المتضمن شرطاً يحتفظ بمقتضاه البائع، ببساطة، بملكية البضاعة لحين الوفاء بكامل الثمن (مع أو بدون شرط ناقل لتبعة هلاك المبيع). لا يضع البائع أي قيد علي حق المشتري في إستعمال المبيع أو التصرف فيه. يعد هذا البيع بيعاً بحتاً وبسيطاً يقترن بشرط فاسخ (عدم الوفاء بالثمن في الميعاد) وشرط جزائي.

يدخل في هذه الطائفة أيضاً البيع الذي يفرض فيه البائع علي المشتري عدة إلتزامات حول حقه في الإنتفاع (دون التصرف) بالمبيع. تتعلق تلك الإلتزامات بحفظ المبيع وتميزه، أى الحفاظ علي ذاتيته وشروط إستعماله علي نحو يضمن بقائه علي حالته العينية. هذا بالإضافة الي إلتزام المشتري بأن يحيل للبائع الحقوق الناتجة عن إعادة بيع المبيع. ويؤدي الإخلال بأي من هذه الإلتزامات، شأن عدم الوفاء بالثمن، الي الفسخ التلقائي للبيع.

(١) انظر في عرض ذلك الإتجاه : Y. Démoures, op.cit., n. 71s.

ويندرج في هذه الطائفة أخيراً البيع الذي يقيد فيه البائع حق المشتري في التصرف وذلك بأن يحظر عليه إعادة بيع الشئ المبيع قبل سداد كامل الثمن. والواقع أن المال يكون قد إنتقل من ذمة البائع الي ذمة المشتري. ولا ينازع الأول ملكية الثاني للمبيع. ويقتصر الأمر علي أن حق المشتري في التصرف، يكون موقوفاً لحين سداد الثمن. فحق التصرف في المبيع ينتقل بذاته الي المشتري الا أن ممارسة هذا الحق تكون موقوفة علي الوفاء بالثمن.

ويمكن القول بصفة عامة بأن القيود التي يفرضها البائع، الذي لم يستوفي الثمن، علي حق المشتري في الإنتفاع بالمبيع والتصرف فيه ليس من شأنها وقف إنتقال الملكية ذاتها بل تتعلق بممارسة هذا الحق. وينبغي النظر الي هذه القيود على أنها شروط للبيع دون حاجة الي القول بوجود إتفاق مرحلي: فالبائع له الحق في الإمتناع عن التسليم طالما لم يستوف حقه في الثمن[١]، ويجوز له، بالتالي، أن يشترط، لتسليم المبيع، قبول المشتري للقيود التي يفرضها عليه بصدد سلطاته في الإنتفاع والتصرف.

يترتب علي تكييف البيع مع الإحتفاظ بالملكية بأنه بيع مقترن بشرط فاسخ وشرط جزائي النتائج التالية:

١ - يستمد المشتري حقه في الإنتفاع والتصرف من عقد البيع ذاته أي من حقه في ملكية المبيع ما لم ترد قيود معينة علي هذا الحق لحين الوفاء بالثمن.

---

(١) م ١٦١٢ مدني فرنسي، ٤٥٩ مصري.

٢- يتحمل المشتري بوصفه مالك، تبعة هلاك المبيع، وبصفة خاصة المخاطر التي يتعرض لها أثناء الطريق في حالة بيع القيام (البيع في المصنع)، ويجوز للبائع، من أجل مزيد من الضمان، أن يلزم المشتري بإجراء تأمين علي البضاعة أو يقوم هو بنفسه بإبرام هذا التأمين.

٣- يدخل المبيع ضمن عناصر الذمة المالية للمشتري، شأن البيع العادي تماماً، ويخضع، بالتالي للقواعد العامة من الناحية المحاسبية والضريبية. ونفس الشئ، بالمقابل، بالنسبة للبائع، حيث يخرج المبيع من ذمته المالية.

٤- لا يتعرض المشتري لتطبيق العقودة المقررة لجريمة خيانة الامانة المقررة في قانون العقوبات[١]، فهو لا يرتكب جريمة التبديد في حالة تصرفه في المبيع، ما لم يتعلق الامر بمخالفة الشروط التي يفرضها البائع علي ممارسة حقه في التصرف في المبيع مع توافر الشروط العامة لتطبيق تلك الجريمة في العلاقة بين البائع والمشتري[٢].

٥- ان حق البائع في الإسترداد يرد علي كل البضاعة التي باعها مع الإحتفاظ بملكيتها. ولا يلتزم البائع، تطبيقاً للشرط الجزائي، برد الفارق بين قيمة البضاعة المستردة من جهة والمقدار المتبقي له من

(١) م ٤٠٨ عقوبات فرنسي، ٣٤١ عقوبات مصري.

(٢) مثال ذلك تجريم المشرع المصري للتصرف في المبيع بالتقسيط قبل سداد الثمن، إنظر ما سبق ص ١٨

(1) Y. Démourés, op.cit.

الثمن من جهة أخري. ويستطيع القاضي، مع ذلك، تعديل التعويض الذي يتسم بالمبالغة[1].

٦- يجب لامكان الإحتجاج بحق الإسترداد قبل الغير الإلتزام بالشروط التي وضعها المشرع: اتفاق كتابي مبرم قبل التسليم، بقاء البضاعة علي حالتها العينية، مدة الثلاثة أشهر[2]. وطبقاً لقانون التسوية القضائية وتصفية الأموال يبدو أن الزيادة في قيمة البضاعة المستردة عن مقدار الدين المستحق للبائع تدخل ضمن التفليسة، ويعامل الحق في التعويض نفسه كدين عادي ضمن بقية الديون[3].

الطائفة الثانية

بيع مضاف الى أجل واقف مع شرط فاسخ وشرط جزائى ومقترن بإتفاق مرحلى

يدخل في هذه الطائفة البيع الذي تتجه نية البائع فيه صراحة الي عدم نقل ملكية المبيع للمشتري، وبصفة خاصة الحق في التصرف فيه، طالما لم يتم دفع كامل الثمن.

يمكن ان يتضمن العقد العديد من أنواع الإلتزامات علي عاتق كل من البائع والمشتري، فيما يتعلق: بموضوع البيع، الأقساط المحددة للسداد، التسليم، أهمية المحافظة علي البضاعة، وقيمتها في حالة الإسترداد،

---

(١) انظر ماسبق ص ١٠٣ .

(٢) انظر ماسبق ص ١٠٣ . ويختلف الأمر في القانون المصري كما رأينا. انظر ما سبق ص ١١٧ .

(3) Y.Démourés, op. cit.

انظر ماسبق ص ١٦٤ .

ومصاريف النقل والتركيب والفك والتعبئة، ومدي أهمية المبيع علي صعيد الإستغلال التجارى والصناعي بالنسبة للمشتري.

وقد سبق أن تعرضنا لأحكام وآثار البيع المضاف الي أجل واقف المقترن بإتفاق مرحلي[1]. ويكفي التذكرة هنا بأن الإلتزامات موضوع الإتفاق الاخير ترد كلها علي الحق في الإنتفاع دون الحق في التصرف الذي لم يرد البائع نقله للمشتري. وسبق الاشارة الي أن هذا النوع من البيوع لا ينطبق، في الواقع، علي البيع الذي ينتقل فيه الحق فى التصرف الي المشتري، ولا علي البيع الذي يقتضي الحق في استعمال المبيع فيه بالضرورة نقل ملكيته (بيع الأشياء القابلة للإستهلاك)[2].

ويترتب علي ذلك عدة نتائج :

١- يتعرض المشتري لعقوبة جريمة خيانة الامانة اذا تصرف في المبيع او إنتفع به، قبل سداد الثمن بطريق تخالف الإستعمال المتفق عليه[3].

٢- يظل المبيع ضمن عناصر الذمة المالية للبائع، ولا يخضع الأطراف للإلتزامات المحاسبية والضريبية التي يفرضها قانون١٢/٥/١٩٨٠.

٣- إذا لم يتم الوفاء بكامل الثمن عند حلول الاجل، فان البيع، بدلاً من ترتيب آثاره كاملة، ينفسخ بقوة القانون.

(١) انظر ماسبق ص ٢٣٩ .

(٢) انظر ما سبق ص ٢٤٦ .

(٣) لأن التصرف يقع بالمخالفة للإتفاق المرحلي الذي يحكم علاقته بالبائع في فترة ما قبل الوفاء بالثمن، وهذا الإتفاق يتمثل غالباً في صورة وديعة أو عارية.

ويمكن أن يتضمن العقد صياغة جديدة يكون للمشتري بمقتضاها، وإنطلاقاً من مصلحته، الحق في تحويل الإتفاق المرحلي الي بيع. ولاشك ان إعادة بيع المشتري للبضاعة أو إستعماله للبضاعة القابلة للإستهلاك ينطوي، بقوة القانون، علي تجديد بتغيير الوديعة الي بيع ونقل ملكية البضاعة للمشتري. وتبقي تبعة تحمل المخاطر، حتي ذلك الحين، علي عاتق البائع ما لم يوجد إتفاق مخالف. ويؤدي وجود مثل هذه الصياغة الي وقاية المشتري من التعرض لعقوبة جريمة خيانة الامانة في حالة تصرفه في المبيع.

ولاشك في صحة البيع، المضاف الي أجل واقف بإتفاق مرحلي، في النظام القانونى الحالي، الا أنه لايبدو، مع ذلك، ان الأطراف يلجأون عادة الي مثل هذه الصورة المعقدة لتنظيم علاقاتهم. وفي كل الاحوال فإن الصيغة القانونية لتلك العملية لا يمكن أن تستنتج الا من عقد مكتوب يتضمن كل التفصيلات اللازمة لقيامها.

وعلي أية حال فإن عملية من هذا القبيل لا تخول المشتري الحق في التصرف الذي يعد الغاية الرئيسية من وراء التبادل التجاري. ولعل الحل الوحيد الذي يوفق فى ذات الوقت بين مصالح كل من البائع والمشتري ويضفي علي علاقتهم الضمان القانونى الذي تقتضيه تجارتهم، هو البيع المقترن بشرط فاسخ لعدم الوفاء بالثمن، ويتضمن، علي سبيل الإحتياط، شرط جزائياً.

ويخلص الفقه، من ذلك، في النهاية، أنه يبدو من التناقض الجمع بين

لفظي البيع والإحتفاظ بالملكية في عقد ينقل فيه البائع الي المشتري حق التصرف في المبيع.

ولا تعد التفسيرات المقترحة، كما قد يتبادر الي الذهن، نظاماً قانونياً معقداً، اذا علمنا أننا نكون، في معظم الحالات، أمام بيع عادي مقترن بشرط فاسخ وشرط جزائي. يستتبع نقل ملكية المبيع، وبالتالي، تحمل تبعة هلاكه. فاللجوء الي فكرة الاجل الواقف ليس ضرورياً سوي في حالات قليلة. وعلي أية حال فهناك عامل مشترك بين هاتين الطائفتين من البيوع مع الإحتفاظ بالملكية ألا وهو إمكانية وقوع الفسخ عند حلول أجل الوفاء بالثمن.

ويبدو أن البيع مع الإحتفاظ بالملكية لحين الوفاء بالثمن هو، في جميع الحالات، بيع بشرط فاسخ وشرط جزائي، يقترن، إذا حدد العقد ذلك، بأجل واقف وإتفاق منظم لعلاقات الأطراف قبل حلول الاجل. يتمثل الشرط الفاسخ، الذي يؤدي الي وقوع الفسخ بقوة القانون، في عدم الوفاء بكامل الثمن. ويتمثل الاجل الواقف في موعد دفع كامل الثمن.

ان القول بوجود طائفتين من البيوع مع شرط الإحتفاظ بالملكية يوائم بين نظريتين: نظرية محكمة النقض في القضاء السابق المتعلقة بأثر الشرط الموقف لنقل الملكية، والنظرية التي تحصر أثر الشرط في أحقية البائع الذي لم يستوف الثمن في اعمال الفسخ حتي ولو لم يوضع المشتري تحت التسوية القضائية. ويعد ذلك، بالنسبة للبائع، بمثابة ضمانة عينية[1].

Y. Démourés, op, cit.,

تعليق:

تنطوي النظرية السابقة علي جهد كبير لمحاولة تقصي كافة الفروض والمواقف التي يتم اللجوء فيها الي البيع مع الإحتفاظ بالملكية فهي نوع من الإستقصاء للصور المختلفة لإتفاقات الأطراف في هذا المجال. ولاشك في تعدد وتنوع هذه الصور إنطلاقاً من طبيعة المعاملات التجارية وما تتسم به من سرعة ومرونة من جهة وإستجابة لطبيعة موضوع التعامل من جهة أخري، وتوافقاً مع مقدار الثقة المتبادلة بين الأطراف من جهة ثالثة. ومن ثم فإن هذه النظرية تتفق، في الواقع، والطبيعة المتناقضة والمتغايرة للبيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية.

وينبغي، مع ذلك، الإقرار بالنظام القانوني المعقد الذي تنطوي عليه التفسيرات المقدمة، بإعتراف، صاحب النظرية نفسه، الذي يهون من ذلك بقوله ان الفرض الغالب للبيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية هو أنه بيع معلق علي شرط فاسخ. يعد، فى بعض الحالات الإستثنائية بيعاً مضافاً الي أجل واقف. أي أن النوع الأول هو الأصل نظراً لأن البائع لا يرمي، كقاعدة عامة، من وراء الإحتفاظ بالملكية الي وضع عقبة أمام المشتري تعوق إنتفاعه بالمبيع والتصرف فيه. أما إذا أراد البائع ذلك بالفعل، وهذا أمر إستثنائي، فاننا نكون أمام بيع مضاف الي أجل واقف.

يتضح من ذلك أن النظرية المذكورة ليست سوي محاولة للتوفيق، بإقرار صاحبها، بين عدة نظريات: الشرط الموقف لنقل الملكية، البيع المعلق علي شرط فاسخ، البيع المضاف الي أجل وقف. ومن ثم فهي وان جمعت بين

مزاياهن، إلا أنها تتعرض لذات الإنتقادات الموجهة اليهن[١]. أضف الي ذلك الصعوبات الناجمة عن عملية الوفيق والمصالحة بينهن داخل اطار واحد. ويزيد الامر صعوبة ما قد يضاف الي البيع من شروط وإتفاقيات إضافية: شرط جزائي، شروط تتعلق بإستعمال المبيع والمحافظة عليه والتصرف فيه، اتفاقات مرحلية تنظم العلاقة بين الأطراف في فترة ما قبل الوفاء بالثمن. مما قد يوجدنا أمام عقد مركب أو عدة عقود غير متجانسة[٢].

تقوم النظرية السابقة، أخيراً، علي عدة إفتراضات ضمنية فيما يتعلق بإتفاقات الأطراف، مما يزيد مهمة القضاء صعوبة بصدد التعرف علي إرادة الأفراد، واضفاء الوصف القانوني عليها. بل إن مفاد ذلك هو تحميل القاضي، عملاً، عبء البحث والتحري، بصدد كل فرض وموقف علي حدة ليضفي عليه التكييف القانوني الملائم، ومن ثم لا نكون قدمنا له عوناً أو أضفنا جديداً في هذا المقام، بل أعطيناه بعض الموجهات التي يخوض بها غمار البحث في نصوص الإتفاق الصريحة وارادة الأفراد الضمنية مستعيناً في ذلك العرف بالتجاري المرن والمتطور في موضوع لم تستقر ابعاده بعد. ولاشك ان القضاء سيميل الي التفسير الضيق لأننا أمام مسألة ذات طبيعة استثنائية تخالف المبادئ العامة في قانون البيع والافلاس والمساواة بين الدائنين.

(١) انظر ما سبق ص ٢٢٨ ، ٣٣٤ ، ٢٤٣ .
(2) Baroca, Manuel de la Clause de reserve de propiété, 1982, P. 46.

لكل ذلك لا يكون أمامنا سوي الاتجاه نحو نصوص القانون الوضعي، التي سيلتزم القضاء بتطبيقها، للتعرف، من خلالها، علي موقف المشرع من الطبيعة القانونية للبيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية.

الفصل الثانى

الطبيعة القانونية لشرط الإحتفاظ بالملكية في القانون الوضعى

نعرض للمسألة، علي التوالى، فى كل من القانون الفرنسى والقانون الألمانى والقانون المصرى.

المبحث الأول

موقف المشرع الفرنسى من الطبيعة القانونية لشرط الإحتفاظ بالملكية (قانون ١٢ مايو ١٩٨٠)

بالرغم من ان قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ هو (القانون المتعلق بتنظيم آثار شرط الإحتفاظ بالملكية في عقود البيع) فإن نطاق تطبيقه ليس بهذا الإتساع، فهو لا ينظم اثار الشرط فيما بين الأطراف، بل فقط بالنسبة للغير في إطار الإجراءات الجماعية للتسوية القضائية أو لتصفية الأموال.

أضف الي ذلك ان العنوان يتضمن كلمة «شروط» الإحتفاظ بالملكية في عقود البيع مما يحمل علي الإعتقاد بوجود عدة أنواع من الشروط، بينما لا تتكلم المادة الأولي الا علي «الشرط الموقف لنقل الملكية علي دفع كامل الثمن. يعكس هذا التباين في الصياغة الصعوبات التي تواجه الشراح عند دراسة الشرط المذكور.

أياً ما كان الامر، فإنه يبدو أن مشكلة الطبيعة القانونية لشرط الإحتفاظ بالملكية وجدت لها حلاً بواسطة القانون المذكور نفسه الذي يشير في مادته الأولي الي «وقف نقل الملكية الي أن يتم الوفاء بكامل الثمن»، أي أن القانونن جاء تجسيداً للموقف الذي تبنته محكمة النقض في القضية السابقة[١].

يذهب البعض الي أن المشرع بتبنيه تلك الصياغة يكون قد إنحاز الي

(١) انظر ماسبق ص ٢٣٣ .

الإتجاه القائل بالأثر الواقف لشرط الاحتفاظ بالملكية دون الاثر الفاسخ. يبدو ذلك بوضوح من الاعمال التحضيرية للقانون[1]. فالمادة الأولي من المشروع التمهيدي المقدم من Dubanchet تشير الي الشرط المذكور علي أنه «شرط واقف»، إلا أن العبارة تم حذفها في لجنة القوانين في مجلس الشيوخ. عرض التقرير المقدم، أمام الجمعية الوطنية من Charles Millon أثناء المناقشة السابقة علي عملية التصويت، التحليلات الثلاثة المحتملة للشرط: بيع معلق علي شرط واقف (دفع الثمن)، بيع معلق علي شرط فاسخ (عدم دفع الثمن)، شرط موقف لنقل الملكية فقط علي الوفاء بالثمن. لم يقترح المقرر أي خيار لأي منهم، الا أنه حدد أثناء المناقشة، «أن البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية هو بيع معلق علي شرط واقف يتمثل في الوفاء بكامل الثمن». وقد حدد Mourot، بإسم الحكومة، أثناء تقديمه اقتراحاً بتعديل النص ليصبح في صورته الحالية، انه «من بين أهدافه وضع تعريف لشرط الإحتفاظ بالملكية، الذي لم يتم تحديد مضمونه حتي ذلك الحين بأي نص قانوني». ويتضح من النص انه يقصد وقف نقل الملكية. وأخيراً فإن مقرر لجنة القوانين بمجلس الشيوخ M.Rudloff أصر بدوره علي أهمية التعريف الوارد بالتعديل الحكومي، مبيناً انه يتفق مع قضاء النقض[2] الصادر في ٢٠ نوفمبر ١٩٧٩ في قضية Mecarex[3]. وينتهي الفقه الي أن الفائدة من

(1) J.Ghestin. Reflexions .., op.cit.. n. 8.

(2) Exposé des motifs de la proposition de loi n. 407 annexe P.V. sence 13 Juin 1978, P. 7: "La résérve de propriété qui postule la Vente sous condition suspension" V. Rapport Ruddolf, annexe n. 4. au P.V. de la séance du 17 déc 1979.

(٣) انظر ما سبق ص ٢٣٣ .

قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ تقتصر، بلا شك علي طائفة الشروط التي توقف نقل الملكية دون تلك التي تقضي بفسخ البيع في حالة عدم الوفاء بالثمن(١).

السؤال الهام الذي يطرح نفسه، في هذا المقام، هو هل يقتصر تطبيق القانون المذكور علي حالة الشرط الذي يوقف نقل الملكية فقط أم يمتد تطبيقه الي الشرط الذي يوقف إنعقاد العقد ككل(٢)؟

يفترض القانون «شرطاً موقفاً لنقل الملكية علي دفع كامل الثمن "Une Clause suspendant de transfert de propriete au paiement intégral du prix" وهذا هو الحكم بداهة اذا نص الشرط علي ذلك. ونفس الحكم اذا أوقف الشرط تكوين العقد أو تنفيذه علي الوفاء بكامل الثمن. وبعبارة أخري فإن الشرط الذي يلحق العقد ذاته يدخل، من باب أولي، في نطاق تطبيق القانون(٣).

حقاً ان عبارة النص تتكلم عن البضاعة المبيعة، الا أنه لا يفرق في الحكم بين ما إذا كان البيع بسيطاً أم شرطياً أم لأجل. ومن ثم فليس للفقه أن يفرق في الموضع الذي لا يفرق فيه القانون. أما عن الأعمال التحضيرية فإنها تتضمن ثلاثة تحليلات من بينها اعتبار شرط الإحتفاظ بالملكية شرطاً موقفاً لعقد البيع(٤). من المؤكد ان البرلمانيين، مثل القانون ذاته، يقصدون أصلاً وقف إنتقال الملكية(٥). الا أنهم أشاروا أيضاً، بطريقة عابرة، الي

---

(1) J. Ghestin, op.cit.

(٢) انظر للتفرقة بينهما ما سبق ص ٢٣٣.

(3) J. Ghestin, op.cit, n. 17.

(4) Rapport Million. Document, n.. 1492, annexe au P.V. de la séance du 17 déc. 1979. P.5.

(5) Million, ass. nat. Séance 18 avr. 1980. J.O.P. 568, Col. 2. J.

الشرط كوصف للعقد أي يلحقه ككل.وعلي أية حال فان ذلك لا يعني إستبعاد الشرط المؤدي الي النتيجة المرجوة من خلال إرتباطه بعقد البيع ذاته، فمن يستطيع الاكثر يستطيع الأقل. ذلك ان تعليق عقد البيع علي دفع الثمن يؤدي، في ذات الوقت، الي تعليق إنتقال الملكية[١].

يؤدي التكييف المذكور الي نتيجة هامة مؤداها تحمل البائع تبعة هلاك المبيع، رغم تسليمه للمشتري، لأنه ظل مالكاً له الي حين إستيفاء الثمن. وأمام خطورة ذلك الوضع فإن مصلحة البائع تقتضي تكملة شرط الإحتفاظ بالملكية بشرط إضافي يقضي صراحة بتحمل المشتري تبعة الهلاك. ولاشك في صحة هذا الشرط لأن قاعدة هلاك الشئ علي المالك ذات طبيعة مكملة. ويقضي المنطق بإمكان الإتفاق علي ما يخالفها لانها تستند أساساً الي الإرادة المفترضة للأطراف[٢].

وينتقد البعض موقف المشرع استناداً الي أن النظرية التي تعتبر البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية بيعاً مع وقف نقل الملكية لم تفسر، كما سبق وعرضنا[٣]، الأساس الذي يستند اليه المشتري، الذي لم يصبح بعد مالكاً، في الإستعمال والتصرف في المبيع المحتفظ بملكيته.

ان ذهن المشرع لم يتجه بالتأكيد الي تنظيم العلاقة بين البائع

---

(1) Ghestin. op.cit., n.17.

(2) H.L. et Mazeaud, Leçons..., T.2 6eme éd., 1er Vol., n. 14 et 122- R. Juan-Bonhomme, Le transfert des risques dans la Vente de meubles Corporels, thèse, Montpellier 1978, P. 157 à 161.

(٣) انظر ما سبق ص ٢٣٧ .

والمشتري، الا انه كان من الأفضل، بلاشك تبني صياغة أكثر حياداً من تلك الواردة كعنوان للقانون مثل «البضاعة المباعة مع الإحتفاظ بملكيتها لحين سداد كامل الثمن»[١]. وقد وردت تلك الصياغة بالفعل في المادة الثالثة من القانون[٢].

ان الفاظ المادة الأولي من القانون تبدو غير متناسقة مع أحكام القانون نفسه الذي يفرض علي المشتري، فيما يتعلق بالجانب الحسابي والمالي، إلتزامات المالك. أراد المشرع، في الواقع، بيان ان شرط، الإحتفاظ بالملكية لا يغير شيئاً بالنسبة لوقت الواقعة المنشئة للضريبة، حيث تتمثل تلك الواقعة، دائماً، في التسليم المادي ولو كان البيع خالياً من شرط الإحتفاظ بالملكية. أضف الي ذلك ان المشرع، بهدف إعلام الغير، يوجب قيد البضاعة المحتفظ بملكيتها في جانب مستقل عن الاموال التي يمتلكها المشتري. ويعني ذلك إعتراف المشرع ضمناً بملكية المشتري لها[٣]. مؤدي ذلك ان القانون ١٢ مايو ١٩٨٠ يعترف بأن البضاعة المحتفظ بملكيتها تدخل في الذمة المالية للمشتري.

ويخلص هذا الفقه من كل ذلك الي نتيجة واحدة هي ان البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية هو بيع مقترن بشرط فاسخ صريح[٤] هو عدم دفع الثمن

---

(1) " Les marchandises Vendues avec réserve de propritété jusqu'au paiement intégral du prix".

(2) Y. Demourés, op.cit. n. 64.

(٣) ولو كان الأمر علي غير ذلك لكان من الواجب معاملة هذه البضاعة بنفس الطريقة التي تعامل بها البضاعة موضوع التأجير الإئتماني Leasing ولا تندرج، بالتالي، ضمن، موجوداته أو أصوله.

(4) Vente avec pacte Commissoire.

في الميعاد. يؤدي تحقق الشرط الي فسخ البيع. يمكن أن ينفسخ البيع جزئياً أي يقتصر علي البضاعة الموجودة علي حالتها العينية. ومؤدي عبارات قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ ان الملكية، وبالتالي تبعة المخاطر، تنتقل الي المشتري[١].

لم يتعرض المشرع لمسألة ما إذا كان البائع، الذي إسترد البضاعة في حالة عدم إستيفاء ثمنها، ملزماً برد الأقساط التي تلقاها من الثمن أم يحتفظ بها علي سبيل التعويض. يمكن القول بأن شرط الإحتفاظ بالملكية يقوم مقام الشرط الجزائي، ويستطيع القاضي التدخل لتقدير مقدار التعويض الذي يتسحقه البائع. وهو بالنسبة لهذا التعويض، يدخل ضمن جماعة الدائنين وينبغي ان يخضع لنفس الاحكام[٢].

تعليق:

يتضح مما سبق، طبقاً للإتجاه الغالب في الفقه، ان عبارات قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ واعماله التحضيرية تكشف عن إتجاه المشرع الفرنسي الي الاخذ بالنظرية التي سبق أن تبنتها محكمة النقض حيث تري ان شرط الإحتفاظ بالملكية يوقف نقل الملكية لحين الوفاء بالثمن. يقر الفقه المعارض بتلك النتيجة رغم إنتقاده لها ومحاولته الوصول الي تكييف آخر من خلال البحث عن النية المفترضة، غير الصريحة للمشرع، التي تنم عن ان البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية هو بيع مقترن بشرط فاسخ صريح. والواقع ان

---

(1) Y. Demoures, op.cit., n. 67.

(٢) انظر ما سبق ص ١٦٤ .

محكمة النقض قد تعرضت صراحة لتلك النقطة ورفضت بوضوح فكرة الشرط الفاسخ[1].

لعل بحث موقف القانون الالماني يزيد الامر وضوحاً في هذا الشأن.

المبحث الثانى

الطبيعة القانونية لشرط الإحتفاظ بالملكية

فى القانون الألمانى

تمهيد:

ان معرفة الطبيعة القانونية لشرط الإحتفاظ بالملكية في القانون الالماني تقتضي الانطلاق من معطيات مختلفة وإتباع منهج مغاير عن ذلك الذي سلكناه في القانون الفرنسي، لإختلاف طبيعة النظام القانوني في كل من البلدين من جهة، والمكانة التي يحتلها الشرط المذكور ومدي تطوره من جهة أخري.

يقتضي الامر توافر مكنات للبحث سواء فيما يتعلق باللغة أو بالتخصص أو الموضوع وهذا ما لا ندعيه. لذا نكتفي، في هذا المقام، بذكر النصوص القانونية وإبداء بعض الملاحظات الفقهية التي قد تعين علي إلقاء الضوء اللازم لإبداء المقارنة مع هذا القانون بإعتباره مثلاً يحتذي في تنظيم الموضوع ضمن نصوص القانون المدني منذ أمد بعيد مما جعله يحتل

(١) انظر ما سبق ص ٢٣٣ .

مكانة بارزة ومتطورة في النشاط الإقتصادي والفكر القانوني عامة وعلي الساحة القضائية خاصة.

(ب) النصوص القانونية[1] :

تقضي المادة ٤٣٣ بأن «يلتزم البائع، بمقتضي عقد البيع بتسليم الشئ المبيع وبنقل ملكيته للمشتري. وإذا ورد البيع علي حق إلتزم البائع بنقله للمشتري. وإذا إقتضي هذا الحق حيازة شئ وجب علي البائع تسليمه. يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه للبائع وبتسلم الشئ المبيع».

تنص المادة ٩٢٩ علي أنه «يلزم لنقل ملكية الشئ المنقول قيام المالك بتسليمه للمشتري إعمالاً للإتفاق المبرم بينهما. وتنتقل الملكية بمجرد اتفاق الطرفين اذا كان الشئ موجود سلفاً في حيازة المشتري».

وتقضي المادة ٤٥٥ بأنه «إذا إحتفظ بائع المنقول بملكتيه الي حين الوفاء بالثمن، فينبغي، عند الشك، إعتبار نقل الملكية معلقاً علي شرط صريح هو دفع كامل ثمن المبيع، وللبائع الحق في فسخ العقد إذا تأخر المشترى عن الوفاء».

(جـ) الملاحظات:

يبدي الفقه، في هذا المقام، عدة ملاحظات وتساؤلات قد تعين علي بيان مركز شرط الإحتفاظ بالملكية وطبيعته في القانون الالماني:

أولاً: يتضمن البيع، في القانون الالماني، عقدين: الأول هو عقد إلتزامات؛ التزام البائع بنقل ملكية الشئ وتسليمه، إلتزام المشتري بدفع الثمن وبتسلم المبيع. يرد العقد الثاني علي نقل الملكية، ويتم ذلك بوضع

(1) G. Meissner, op.cit.

المال بين يدي المشتري. يفرق القانون اذن بين العقد المنشئ للإلتزامات Schuldrechtlichen Vetrag ونقل الملكية ذاته dinglichen Vetrag الذي يعد عقداً عينياً. يبدي القضاء مرونة واضحة بصدد هذه التفرقة في حالة بيع المنقول حيث يتم العقدان في تصرف قانوني واحد(١).

يثور التساؤل عما إذا كانت هذه العملية الثانية تعد عقداً بالمعنى الدقيق أم هي مجرد إجراء مادي لتنفيذ عقد البيع، كتصرف قانوني يرتب أثراً معيناً هو نقل ملكية الشئ المبيع؟ ولعل ما يؤكد ذلك هو أن إتفاق الأطراف علي احكام البيع، بما في ذلك شروط التسليم، ينبغي أن يتم عند إبرام عقد البيع. أي ان المناولة تبقي العملية المادية للتسليم المتضمن لنقل الملكية(٢).

طبقاً للمادة ٩٢٩ تنتقل ملكية الشئ المبيع، الموجود سلفاً في حيازة المشتري، بمجرد تبادل التراضي بين الاطراف، دون حاجة الي إجراء عملية التسليم. الا يدل ذلك علي أن تلك العملية لا تضيف أي عنصر رضائي مكمل للبيع؟ ألا يدل ذلك علي أن عملية المناولة ليست عقداً بل هي مجرد تصرف مادي؟ وطبقاً لصدر المادة ٩٢٩ فان التسليم يؤدي الي نقل الملكية بشرط وجود إتفاق مسبق بين الأطراف علي ذلك النقل. أي أن التسليم وحده لا ينقل الملكية بل ينبغي أن يتم ذلك تنفيذاً لعقد البيع. يمكن أن يتم التسليم بمناسبة عقود أخري غير البيع مثل الايجار والوديعة والعارية، وليس لمتلقي الشئ في هذه العقود أن يدعي إنتقال ملكيته له بمجرد تسلمه اياه لعدم وجود إتفاق علي نقل الملكية بينه وبين المالك(٣).

---

(١) نفس الموضع.

(2) Y. Démourés, op.cit. n69.

(3) Y. Démourés, op.cit. n. 69.

ثانياً : يكشف شرط الإحتفاظ بالملكية، في القانون الألماني، عن عملية الفصل الجوهرية، داخل كل بيع، بين العقد المنشئ للإلتزامات Kaufvertag من جهة والتصرف المجرد الناقل للملكية من جهة أخري ibereigung[١].

يثور التساؤل حول موقف شرط الإحتفاظ بالملكية في عقد البيع الالماني. هل يوجد في العقد الأول أم في العقد الثاني أي في التصرف الاول أم في التصرف الثاني؟

يتم الإتفاق علي الشرط، عادة، في العقد المنشئ للإلتزامات. حيث يجوز للبائع أن يشترط، أثناء إبرام العقد، الإحتفاظ بملكية المبيع لحين سداد الثمن، ولا يجوز له، كأصل عام، أن يقتضي أي شرط اضافي لحظة تسليم المبيع بما في ذلك شرط الإحتفاظ بالملكية. ولا يمكن تصور الأمر علي غير ذلك الا إذا أبرم البيع دون منح المشتري أجل للوفاء بالثمن، ورفض البائع تسليم المبيع الا بشرط الإحتفاظ بملكيته، وحتي في هذه الحالة فان الامر لا يعدو أن يكون ملحق أو تعديل للعقد الأول[٢]. وينبغي، مع ذلك، ملاحظة أن الشرط الموقف لنقل الملكية لحين الوفاء بكامل الثمن، رغم وجوده في العقد الأول، الا ان أثره ينحصر في التصرف المجرد. ويتضح من ذلك أن شرط الإحتفاظ بالملكية يتعلق، في ذات الوقت، بكل من قانون الإلتزامات، وقانون الاموال، وقانون التأمينات[٣].

ثالثاً : ان شرط الإحتفاظ بالملكية، في القانون الالماني، يعد نظاماً قانونياً معقداً ولا يمكن فصله عن الاطار الموجود فيه، فهو يحتل مكانته،

---

(1) M. Pédamon, Rapport..., op.cit.

(2) Y. Démourés. op.cit.

(3) M. Pédamon. op.cit.

في الواقع بحكم وظيفته الإقتصادية، ضمن مجموعة التأمينات التي ترد علي المنقولات دون حيازتها[1]، الي جانب نقل الملكية وحوالة الحق علي سبيل الضمان[2]، فكل هذه التأمينات تحتل مكانة هامة في القانون الالماني حيث تطورت، علي مر السنين، إستجابة لإحتياجات الواقع العملي ومقتضيات الإئتمان. فهي بينما تعد في القانون الفرنسي مجرد إستثناء تنظمه قوانين خاصة[3]، تظهر وتتطور في المانيا بشكل سريع ومتزايد دون نص بل بالمخالفة للنصوص القائمة أحياناً. ومن ثم فان كل منها يمكن أن يأخذ أشكالاً متعددة ومتنوعة. فشرط الإحتفاظ بالملكية يظهر، أحياناً في صورته البسيطة[4]،ويظهر أحياناً أخري في صورته الممتدة أو المتسعة، حيث يمكن أن يمتد ليشمل البضاعة المحولة أو المركبة أو المصنعة[5]، ويمتد ليشمل إعادة بيع البضاعة من خلال حوالة الحق في ثمنها[6]. ويمكن أن يتسع لضمان كل ديون المشتري قبل البائع، بل وديون المشتري قبل الموردين الآخرين الذين يرتبطون بالبائع[7]. لذا يبدو من الصعب، بل ومن الخطأ، محاولة البحث عن تكييف قانوني واحد، عبر الانظمة القانونية

---

(١) انظر ماسبق ص ٦٧ Les sûtretés mobilières sans dépossession.

(2)Le transtert fiduciire de propriété (Scherugsübereignug)-La Cession fiduciaire de Crénces (Sichērungsabretung).

(٣) انظر ما سبق ص ٧٧، ١٩٤ .

(٤) أي الذي يقتصر علي ضمان سداد ثمن البضاعة المحتفظ بملكيتها فقط، وبشرط أن تظل باقية علي حالتها العينية، إنظر ما سبق ص .

(٥) انظر ما سبق ص ١٤٦ .

(٦) انظر ما سبق ص ١٩٠ .

(٧) انظر ما سبق ص ١٩٢ .

التقليدية وعلي غرار القانون الفرنسي، لشرط الإحتفاظ بالملكية في القانون الالماني.

رابعـاً : ان المركز القانونى لكل من البائع والمشتري في البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية في القانون الالماني، يختلف تماماً عن نظيره في القانون الفرنسي، فهذا المركز، بالإضافة الي تغايره وتنوعه طبقاً لنوع وطبيعة الشرط، يخول كل من طرفيه حقوقاً متميزة عن تلك المتعارف عليها في القانون الفرنسي.

يرى الفقه أن وجود الشرط المذكور يؤدي الي الفصل. في الملكية، بين المكنات التي تتعلق بالضمان وبإعمال الحق من جهة، والمكنات التي تتعلق بالحيازة المباشرة للحق والإنتفاع به من جهة أخرى. فالأولي تظل للبائع بينما تنتقل الثانية للمشتري. ينبغي التفرقة بين الشكل القانوني للنظام وغايته الإقتصادية، فالملكية تؤدي دورها فقط كأداة ضمان للحق، وتقوم، في الحقيقة، بدور التأمين(١).

يكون للبائع المحتفظ بالملكية الحق في فسخ العقد، وإسترداد المبيع، بإرادته المنفردة، في حالة تأخر المشتري عن الوفاء بالثمن، بالإضافة الي حقه في التعويض عن إستعمال المبيع وتدهور قيمته. وللبائع الحق في إعادة بيع البضاعة للغير والإعتراض على الحجز الذي يوقعه دائنو المشتري عليها. وللبائع الحق في إسترداد المبيع من التفليسة أو التسوية

(1) Ortscheid, op.cit.

القضائية للمشتري. ويستطيع البائع الإستفادة من مركزه القانوني للحصول علي الإئتمان اللازم(١).

ويكون المشــــتــــري، في ذات الوقت، صـــاحب حق يســـمي Anwartschaftsrecht يمثل قيمة إقتصادية معينة يمكن بمقتضاه الحصول علي الإئتمان، ويمكنه التصرف فيه وطلب حمايته، فالمشتري يستطيع، كقاعدة عامة، إستعمال المبيع والتصرف فيه(٢).

خامساً: تقضي المادة ٤٥٥ بأنه «ينبغي، عند الشك، إعتبار نقل الملكية معلق علي الشرط الصريح بدفع كامل الثمن». تكشف تلك الصياغة عن صعوبة قبول المشرع الالماني لفكرة عدم إنتقال ملكية المنقول الذى يتم تسليمه للمشتري إعمالاً للإتفاق المبرم بينه وبين البائع، حتي مع وجود شرط الإحتفاظ بالملكية. وتبدو تلك الروح بوضوح من إستخدام صيغة الشك في النص. ويؤكد ذلك تفتق العمل عن نظم تبيح للمشتري ولو ضمناً، إستعمال المبيع والتصرف فيه، رغم إحتفاظ البائع بملكيته، لتفادي الاثار السلبية للشرط المذكور.

يستنتج البعض، من ذلك ان شرط الإحتفاظ بالملكية، في النظام القانوني الالماني، يبدو أساساً كمكنة بيد البائع لفسخ البيع في حالة عدم الوفاء بالثمن (طبقاً لصريح نص المادة ٤٥٥) وإسترداد البضاعة موضوع العقد. ويأخذ البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية، في معظم الحالات، صورة البيع المقترن بشرط فاسخ هو عدم دفع الثمن. ان تعليق نقل الملكية علي دفع

(١،٢) انظر ما سبق ص ٨٥، ٦٨، ١٩٧ .

كامل الثمن يعد أمراً إستثنائياً، سواء قام الشك حول طبيعة العقد أم تم تحديد طبيعة العلاقات بدقة بين الأطراف في هذه المرحلة وخاصة فيما يتعلق ببيان حقوق المشتري في مرحلة ما قبل ترتيب آثار البيع كاملة. وقد يوحي ذلك بأننا أما بيع مضاف الي أجل، يؤجل فيه ترتيب آثاره الي حين حلول ميعاد دفع الثمن. وقبل حلول ذلك الاجل يثور التساؤل حول طبيعة العقد الذي يحكم العلاقة بين الطرفين. لاشك ان تكييف العقد يتوقف، طبقاً للقواعد العامة علي طبيعة ومضمون الشروط الواردة فيه من جهة[١]، وتحديد اللحظة التي تدخل البضاعة المحتفظ بملكيتها، في الذمة المالية للمشتري من جهة أخري.

ويجيب البعض الآخر ببساطة علي هذا التساؤل بقوله ان القانون الالماني يفرق بين العقد المنشئ للإلتزام بنقل الملكية ونقل الملكية ذاته. ينعقد العقد الأول باتاً وليس معلقاً شرط. أما العقد الثاني (العيني) فينعقد معلقاً علي شرط قيام المشتري بدفع كامل ثمن المبيع[٢].

والواقع انه، كما ذكرنا[٣]، من الخطأ محاولة وضع شرط الإحتفاظ بالملكية، في القانون الالماني، داخل تكييف قانوني تقليدي، علي منوال نظيره الفرنسي الذي يتسم نسبياً بالبساطة. ولا شك أن كل محاولة تبدو منطقية علي ضوء الزاوية التي ينظر اليه منها والموقف الذي تواجهه، إلا أنها لا يمكن أن تستوعب جوانب هذا الشرط المعقد والمتطور. لذا ينبغي دراسته داخل إطاره الإقتصادي، وتناول أحكامه في ذاتها كنظام قانوني متميز وفريد[٤].

(1) Y. Démoures, op.cit.

(2) G. Meissner. op. cit.

(٣) انظر ماسبق ص ٢٦٨ .

(4) Stumpf, op.cit.

المبحث الثالث
الطبيعة القانونية لشرط الإحتفاظ بالملكية
فى القانون المصرى

تنص المادة ١/٤٣٠ مدني علي أنه «إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع ان يشترط ان يكون نقل الملكية الي المشتري موقوفاً علي إستيفاء الثمن كله ولو تم التسليم».

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: «تجيز المادة أن يشترط البائع، إذا كان الثمن مؤجلاً، ان يحتفظ بالملكية الي أن يستوفي كل الثمن، حتي ولو سلم المبيع قبل ذلك. وهذا ضمان تلجأ إليه عادة الشركات التي تبيع سلعاً بالتقسيط- كالآلات وعربات النقل والأراضي التي تباع باثمان مقسطة. فإحتفاظ البائع بملكية المبيع حتي يستوفى الثمن أبلغ في الضمان من فسخ البيع بعد أن تكون الملكية قد إنتقلت[1].

لعل فهم موقف المشرع المصري من المسألة يكون أكثر وضوحاً من خلال مقارنته بموقف نظيره الفرنسي والالماني، ويقتضي ذلك إستعادة ذكر النصين المعنيين في هذين القانونين.

تنص المادة ٦٥ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ الفرنسي، المعدلة بقانون ١٢ مايو١٩٨٠، علي أنه يجوز للبائع، حتي بعد الحكم بشهر افلاس المشتري[2]، إسترداد البضاعة، التي باعها مع شرط وقف نقل ملكيتها

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص٤٩ .

(٢) بشرط أن تتم المطالبة فعلاً خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الحكم. م١١٥ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ .

لحين إستيفاء كامل الثمن، إذا ظلت محتفظة بحالتها العينية. ويلزم أن يكون الإتفاق علي الشرط المذكور قد تم بين الأطراف كتابة قبل أو وقت تسليم البضاعة. وجاء قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ ليعيد نفس الصياغة في المادة ١٢١.

تقضي المادة ٤٥٥ من القانون المدني الالماني بأنه «إذا إحتفظ بائع المنقول بملكيته الي حين الوفاء بالثمن، فينبغي، عند الشك، إعتبار نقل الملكية معلقاً علي شرط صريح هو دفع كامل ثمن المبيع. وللبائع الحق في فسخ العقد اذا تأخر المشتري عن الوفاء».

يمكننا علي ضوء مقارنة تلك النصوص إبداء الملاحظات الآتية:

أولاً : حصرت نصوص القوانين الثلاثة الغرض من شرط الإحتفاظ بالملكية في ضمان إستيفاء الثمن مع أنه من المتصور، كما ذكرنا، النص علي الشرط لتحقيق أهداف أخري[١].

حصر كل من القانون الفرنسي والألماني مجال اعمال الشرط في حالة البيع الوارد علي المنقول، بينما جاء نص القانون المصري أكثر عموماً، ومن ثم يجوز الشرط في بيع العقار، وهذا ما أشارت اليه الاعمال التحضيرية بالفعل[٢].

وقد رأينا أن أهمية تنظيم هذا الشرط تكمن بالنسبة للمنقول لتسهيل إسترداده من أموال تفليسة المشتري لإمتناع ذلك في الاصل[٣]. أما العقار فلا توجد حاجة ملحة لهذا الشرط حيث يمكن

---

(١) انظر ماسبق ص ٩٩ .

(٢) انظر الاعمال التحضيرية ما سبق هامش١ ص ٢٧١ .

(٣) انظر ما سبق ص ١٠٩ .

الإستغناء عنه بإرجاء التسجيل لتأخير نقل الملكية، ولا يدخل العقار بالتالي ضمن الذمة المالية للمشتري المفلس ويستطيع البائع إسترداده بعد التمسك بفسخ البيع إعمالاً للشرط الفاسخ الصريح المنصوص عليه في عقد البيع[1].

ثانياً: ان شرط الإحتفاظ بالملكية، كان في القانون المصري، يبدو عديم الأهمية، ويندر عملاً اللجوء اليه لعدة أسباب: يرفض القضاء اعماله في حالة افلاس المشتري، ومن ثم لا يجوز للبائع إسترداد المبيع في هذه الحالة. يسقط حق البائع في الإسترداد أيضاً إذا اكتسب الغير علي المنقول حقاً عينياً وإستند الي حيازته له بحسن نية، ونفس الشئ إذا فقد المبيع حالته العينية بالتحول أو الإندماج. تغير الوضع تماماً بعد صدور قانون التجارة كما رأينا. ونفس الحكم في القانون الفرنسي حيث أجاز المشرع حديثاً التمسك بالشرط قبل جماعة دائني المشتري المفلس[2]. أما القانون الالماني قد شهد إستقرار الشرط المذكور وتطوره في العمل بشكل ملحوظ، دون التقيد بالنص القائم، ليوفق بين ضمان حق البائع من جهة، وحقوق المشتري علي البضاعة من جهة أخري، وحرية النشاط التجاري والصناعي ومقتضيات الإئتمان من جهة ثالثة[3].

ثالثاً: لم ينظم القانون المدني الفرنسي شرط الإحتفاظ بالملكية، الا أنه ظهر في العمل وأقره الفقه والقضاء إستناداً الي مبدأ الحرية التعاقدية وعدم

---

(١) انظر ما سبق ص ٢٣ .

(٢) انظر ما سبق ص ١١٢ .

(٣) انظر في هذه الأحكام ما سبق ص ٦٨، ١٤٥، ١٩٠ .

تعلق نقل الملكية بالنظام العام[1] . ونفس الحكم بالنسبة للقانون المدني المصري القديم حيث لم يتضمن نصاً في هذا الخصوص الا أن الحكم كان معمولاً به دون نص[2] . جاء الحكم في القانون المدني الحالي تأثراً بما كان يجرى عليه العمل في المحاكم[3] . ولا يعقل القول بأن المشرع قد تأثر في صياغته بالقانون الفرنسي حيث لم تكن هناك صياغة أصلاً في هذا القانون[4] . ولعله من العجيب أن محكمة النقض الفرنسية عندما تعرضت، حديثاً، لطبيعة الشرط المذكور إستخدمت نفس صياغة النص المصري. وجاء المشرع الفرنسي الحديث ليستخدم نفس الصياغة تقريباً: «الشرط الموقف لنقل الملكية علي إستيفاء كامل الثمن». يشترط أن يكون نقل الملكية موقوفاً علي إستيفاء الثمن كله(مصري)[5]

ويترتب علي ذلك أنه يمكن القول بأن كافة الإجتهادات المبداة في القانون الفرنسي سواء بصدد أحكام الشرط أو طبيعته القانونية يمكن أن تنطبق علي القانون المصري، ومن هنا تكمن أهمية الدراسة بالنسبة لمستقبل الشرط في حياتنا القانونية والإقتصادية.

رابعـــــاً: يقال أن القانون المصري تأثر، في هذا المقام، بالقانون

---

(١) انظر ما سبق ص١٨ .

(٢) السنهوري جـ ٤ ص ٢١٨ .

(٣) السنهوري جـ١ ص ٩٦، سليمان مرقس، البيع، ص ١٠٩ .

(٤) لعل التأثير كان بطريقة غير مباشرة، حيث أخذ المشرع المصري بما ذهبت اليه أحكام المحاكم التي تأثرت بدورها بالقضاء الفرنسي. ولعل المشرع استهدي بنص المادة ٣٣١ من المشرع الفرنسي الإيطالي.

(٥) انظر النصوص السابقة ص٢٧١ .

الألمانـي[1] . والواقع، كما رأينا، أن المشرع المصري تأثر بالقضاء الصادر في ظل التـقنين المدني القـديم، دون نص، تأثراً بالقـضـاء الفرنسي[2] . ويوجد خلاف جوهري بين القانون المصري والقانون الالماني سواء فيما يتعلق بالنظام القانونى ذاته أو بطبيعة الشرط ومكانته كأداة ضمان ضمن مجموعة التأمينات التي ترد علي المنقول دون حيازته[3] . أضف الي ذلك إختلاف صياغة النص ذاتها. فالقانون الالمانى ينظر الي الاحتفاظ بالملكية علي سبيل الضمان، الا أن ذلك لا يمنع، من حيث المبدأ إنتقالها الي المشتري. ويعد تعليق نقل الملكية علي سداد الثمن أمراً إستثنائياً. ويجوز للبائع فسخ العقد بإرادته المنفردة، أي أن المشرع الألماني يعامل شرط الإحتفاظ بالملكية معاملة الشرط الفاسخ الصريح[4] . أما في القانون المصري يخضع الفسخ للقواعد العامة وليس للبائع اعماله بإرادته المنفردة الا بمقتضي شرط فاسخ صريح في العقد.

خامساً : ذهب البعض الي أن البيع، الذي تنظمه المادة ٤٣٠ مدني مصري، غير بات بل معلق علي شرط واقف هو وفاء المشتري بالثمن في الميعاد المحدد. وتنتقل ملكية المبيع معلقة علي شرط واقف الي المشتري. ويستبقي البائع ملكية المبيع معلقة علي شرط فاسخ. وكل من الشرط الواقف والشرط الفاسخ هنا حادث واحد، هو وفاء المشتري بالثمن في الميعاد المحدد. فإذا تحقق الشرط الواقف إنتقلت الملكية بأثر رجعي الي المشتري،

---

(١) نبيل سعد، الضمانات غير المسماة، ص ١١٧، ٢٤٨ .

(٢) انظر ما سبق ص ٢٧٣ .

(٣) انظر ما سبق ص ٦٨ .

(٤) انظر ما سبق ص ٨٦ .

وتحقق في الوقت ذاته الشرط الفاسخ وزالت ملكيته عن البائع بأثر رجعي أيضاً[1] .

ينتقد البعض هذا الرأي إستناداً الي أنه يصعب القول بوجود ملكية معلقة علي شرط فاسخ وشرط واقف في آن واحد[2] . ونري أن هذا النقد في غير محله لأنه من المقرر أن الإلتزام المعلق علي شرط واقف، بالنسبة لأحد الطرفين، يكون في ذات الوقت، معلقاً علي شرط فاسخ بالنسبة للطرف الآخر، فكل شرط واقف يتضمن وجود شرط فاسخ، سواء كان ذلك فى الإلتزام أو في الحق العيني. وينطبق ذلك؛ بطبيعة الحال علي الإلتزام بنقل الملكية[3] .

والواقع ان الرأي السابق تأثر بالنظرية القديمة، بصدد تكييف شرط الإحتفاظ بالملكية، في الفقه والقضاء الفرنسيين. ولكن هذه النظرية، تم هجرها فقهاً وقضاءاً لتعرضها لكثير من الإنتقادات وعدم توافقها مع التطور الحديث للشرط المذكور، كما سبق وعرضنا من قبل[4] .

ذهب إتجاه آخر في الفقه المصري الي القول بأن البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية ينعقد باتاً، لا موقوفاً علي شرط، طبقاً لصريح نص الفقرة الأولي من المادة ٤٣٠، وغاية الامر ان الثمن فيه يكون مؤجلاً وان انتقال

---

(١) السنهوري جـ٤ ص٢٢٠ .

(٢) نبيل سعد، المرجع السابق، ص١٨٥ .

(٣) السنهوري جـ٣ ص٣٨ فقرة ١٧ .

(٤) انظر ما سبق ص ٢٢٢، ٢٢٧ .

الملكية يكون موقوفاً علي وفاء الثمن. اما باقي إلتزامات البائع والمشتري فإنها تكون منجزة طالما لم ينص العقد علي غير ذلك(١).

وتلك هي النظرية التي أخذت بها محكمة النقض الفرنسية ثم المشرع الفرنسي حديثاً(٢). لذما فمن الراجح الأخذ بها في القانون المصري لوحدة صياغة العبارات المستخدمة سواء في النصوص أو في القاء. وقد تعرضت هذه النظرية بدورها لكثير من الإنتقادات كما ذكرنا(٣).

وليس صحيحاً إتجاه البعض(٤)، تأثراً بإتجاه حديث في الفقه الفرنسي(٥)، الي إعتبار البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية بيعاً مضافاً الي أجل واقف لنفس الإنتقادات المرجهة لتلك النظرية من قبل(٦). أضف الي ذلك تعارضها الواضح مع صريح نص الفقرة الأولي من المادة ٤٣٠ مدني.

ونحن نري أنه من الصعب، بل ومن الخطأ، محاولة وضع تكييف موحد للبيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية حيث يختلف الامر بحسب الفروض والمواقف نظراً لأن المسألة لا تتعلق بالنظام العام وتتسم بالمرونة والتطور

---

(١) سليمان مرقس، المرجع السابق ص ١١٠ .
لعل هذا التكييف يواكب شرط الإحتفاظ بالملكية البسيط، وهو الصورة الغالبة في العمل في ظل ضعف التنظيم الحالي.
(٢) انظر ما سبق ص ٢٣٢، ٢٥٨ .
(٣) نفس الموضع.
(٤) نبيل سعد، نفس المرجع، ص١٩١، إبراهيم دسوقي أبو الليل، المرجع السابق ص ٢٨٨ .
(5) J. Gheestin, Reflexions, op.cit., n. 21.
(٦) انظر ما سبق ص ٢٤٣ .

لإتصالها بالمعاملات التجارية وعلاقات الإئتمان. ومن ثم فإن للأطراف حرية، تنظيم العلاقة بالطريقة التي يرضونها علي ضوء طبيعة العلاقة والهدف منها. فالبيع يمكن أن يكون معلقاً علي شرط فاسخ إذا تم نقل كل سلطات الملكية من إستعمال وإستغلال وتصرف للمشتري[١]، أو معلقاً علي شرط واقف أو مضافاً الي أجل في الفرض العكسي الذي يحظر البائع علي المشتري استعمال المبيع أو التصرف فيه قبل سداد الثمن[٢].

فالقاضي يستطيع إجراء التكييف الصحيح للعقد علي ضوء دراسة أحكامه الصريحة أو الضمنية من خلال التعرف علي إرادة الطرفين والعرف السائد. ولا نعتقد أن القاضي المصري سيكون بحاجة، عملاً، الي البحث عن تكييف للعقد كنقطة إنطلاق لحل النزاع المعروض عليه، وإذا عرض عليه الأمر فأنه يستهدي، في هذا المقام، بأحكام العقد الصريحة أو الضمنية.

وقد أتيحت لمحكمتنا فرصة التعرض للموضوع حديثاً بمناسبة المجال الغالب لاعمال الشرط المذكور في بلادنا الا وهو بيع المركبات والمعدات[٣]. فالمشتري يستطيع إستغلال السيارة دون التصرف فيها لإحتفاظ البائع بملكيتها. أمن المشتري علي السيارة التي يحتفظ البائع

---

(١) بصفة خاصة في حالة البضاعة القابلة للإستهلاك أو المعدة لإعادة بيعها أو إستغلالها ضمن صناعة معينة. ويندر اللجوء للشرط في مثل هذا النوع من البيوع في مصر وفرنسا بخلاف الحال في القانون الألماني، ويؤثر ذلك بالضرورة على تنشيط الحركة التجارية والصناعية، إنظر ما سبق ص ٨٣، ١٤٥٠ .

(٢) ويكون المبيع لديه في هذه الحالة على سبيل الوديعة مثلاً.

(٣) وبصفة عامة السلع المعمرة أو المعدة للتجهيزات المنزلية أو الصناعية.

بملكيتها. تعرضت السيارة لحادث أدي الي الحاق بعض التلفيات بها. ثار النزاع حول تحديد صاحب الحق في تقاضي مقابل التأمين. قررت المحكمة أنه إذا كانت قيمة اصلاح الأضرار التي سببها الحادث هي من حق المؤمن له الذي صدرت الوثيقة بإسمه وقام بسداد أقساط التأمين لأنه هو المستغل للسيارة ومن حقه أن تظل السيارة في حالة صالحة للإستعمال والإستغلال. أما الشركة البائعة فان حقها في إقتضاء باقى الثمن انما تضمنه السندات الإذنية الصادرة من المشتري، كما تضمنه السيارة ذاتها التي إحتفظت بملكيتها، أما كونها هي المستفيدة من عقد التأمين فإن ذلك لا يعطيها الا الحق في قبض مقابل التأمين في حالة الهلاك الكلي[1].

يكشف الحكم عن نظرة المحكمة الي حقيقة قصد المتعاقدين من شرط الإحتفاظ بالملكية كأداة ضمان للحق في الثمن، ومن فهي تقرر أن هذا الحق مضمون بالسندات الإذنية والسيارة ذاتها، وبالتالي، قبض مقابل التأمين في حالة الهلاك الكلي. أما إستعمال وإستغلال السيارة فحق للمشتري، ومن ثم فهو يستفيد من التأمين الذي يكفل هذا الحق عن طريق إصلاح السيارة.

ان هذا القضاء الجدير بالتأييد لا يتفق مع أي من التكييفات التقليدية المراد إضفاءها علي البيع محل البحث. ان تقرير حق الإستغلال للمشتري لا يتمشي والقول بوقف البيع أو نقل الملكية أو بإضافته الي أجل. ومن

(١) نقض ١٩ مايو ١٩٨٠ المجموعة س٣١ ص١٤٢٤ .

انظر مؤلفنا في المسئولية عن حوادث السيارات، الإسكندرية ٢٠٠٠ ومؤلفنا في أحكام التأمين، الإسكندرية ٢٠٠٢ .

الصعب كذلك قبول فكرة الشرط الفاسخ لان ذلك معناه انتقال الملكية مباشرة الي المشتري، ولو معلقة علي شرط فاسخ، وهو أمر مخالف لقصد المتعاقدين.

ولعل القانون الألماني هو النموذج الأمثل في هذا المقام، حيث طوع القضاء النص بالطريقة الملائمة للواقع العملي وغاية المتعاقدين ومقتضيات النشاط التجاري والإئتمان. فالهدف من شرط الإحتفاظ بالملكية هو ضمان حق البائع في الثمن دون وضع عقبة أمام المشتري في إستعمال المبيع والتصرف فيه. لذلك يكون للبائع مكنات معينة لا تتعارض البتة مع مكنات المشتري. فالقضاء يجري احكامه علي البيع من منطلق التوفيق بين كل هذه الإعتبارات دون التقيد او الإنطلاق من تكييف محدد للعقد[1].

ويدفعنا كل ذلك الي محاولة التساؤل عن مدي جدوي التعديل التشريعي في هذا المقام وهذا ما سنعرض له من خلال خاتمة البحث.

---

(١) انظر ماسبق ص ٣٦٧

خاتمة البحث

ان خاتمة البحث هي نهاية المطاف التي يرتكن اليها الباحث لإستخلاص ما توصل إليه من نتائج. وتقدير المادة موضوع البحث، والمقترحات التي يمكن إضافتها في هذا المقام. وهذا ما نعرض له علي التوالي:

(أ) نتائج البحث

أولاً: تساعد الدراسة المقارنة في القاء الضوء علي النظام القانوني من عدة زاويا تتعلق بأصوله التاريخية، ومدي تفاعله مع الواقع الإجتماعي والإقتصادي، وقدرته علي التطور، وما قد ينطوي عليه من توافق أو تناقض في الأهداف والصياغة. لعل دراستنا لشرط الإحتفاظ بالملكية في كل من القوانين الثلاثة: الفرنسي والألماني والمصري تفيد في تفهم تلك الزوايا كنقطة إنطلاق نحو الوصول الي تقييمه وتحليل نصوصه لمعرفة مدي قدرتها علي التطور والإستجابة لمقتضيات الواقع والمعاملات المعاصرة.

تضعنا تلك الدراسة أمام نماذج ثلاثة تتفاوت، فيما بينها، من حيث القوة والتطور، رغم ثبوت التفاعل المستمر والتأثير المتبادل بينها. تأثر القضاء المصري، في هذه المسألة، في ظل التقنين المدني القديم، بالقضاء الفرنسي. لم يكن هناك نص يتولي تنظيمها. قنن المشرع المصري هذا القضاء في القانون المدني الجديد. جاء المشرع الفرنسي الحديث لا ليضع تنظيماً شاملاً لشرط الإحتفاظ بالملكية، بل إقتصر علي تنظيم جانب واحد فقط، ليزيد من فعالية الشرط وقوته، يتعلق بأحقية البائع في إسترداد المبيع

من تفليسة المشتري المفلس. تأثر المشرع الفرنسي. في هذا المقام، بجيرانه الاوروبيين، في إتجاههم نحو الوحدة، وبصفة خاصة القانون الألماني.

نوجد، من ثم، أمام ثلاثة نماذج: النموذج المصري الذي كان الأكثر ضعفاً في تنظيمه لشرط الأحتفاظ بالملكية وتعدل الوضع الآن وأصبح أكثر قوة، من القانون الفرنسي، النموذج الالماني الأكثر قوة وتطوراً حيث يحتل الشرط المذكور مكانة كبيرة علي صعيد التبادل التجاري وعلاقات الإئتمان، النموذج الفرنسي الذي يحتل مكانة وسط، ويحاول الخلاص من نقطة الضعف التي كان يشترك فيها مع القانون المصري سابقاً (عدم نفاذ الشرط قبل دائني المشتري المفلس) بهدف اللحاق بنظيره الالماني والإستفادة من تجربته.

ثانيـــاً: تكشف الدراسة عن تباين الفروض التي يمكن وجود شرط الإحتفاظ بالملكية فيها. ويمكن أن تكون الآثار الناجمة عن الشرط المذكور وليدة التطبيق المتزامن لعقد البيع وعقود أخري مرحلية كالإيجار والوديعة والقرض. تختلف تلك الآثار فيما بين الأطراف، إنطلاقاً من مبدأ الحرية التعاقدية، عنها بالنسبة للغير حيث يتعلق الامر، أحياناً، بالنظام العام. ويتدخل المشرع لتنظيمها بقواعد آمرة. تتفاوت الآثار بحسب ما إذا كان محل البيع شيئاً معيناً بالذات أم بالنوع، وبحسب ما إذا إكتفي الأطراف بالنص، ببساطة علي شرط الأحتفاظ بالملكية لحين الوفاء بالثمن أم اضافو الي ذلك إتفاقيات اضافية تتعلق بتحمل تبعة هلاك المبيع وحقوق الاطراف

المتبادلة في مرحلة ما قبل الوفاء بالثمن خاصة فيما يتعلق بالشئ المبيع(١) .

وتكشف تلك الدراسة أيضاً عن وجود قدر كبير من الغموض فيما يتعلق بالالتزامات المتبادلة للاطراف . يؤدي ذلك الي المساس بحقوق البائع في القانون الفرنسي نظراً لأن المادة ١٦٠٢ مدني تلزم البائع بأن يحدد إلتزاماته بوضوح . ويفسر الشرط الغامض في غير مصلحته . ولا يأخذ القانون المصري بهذه القاعدة . ويطبق المبدأ العام القاضي بتفسير الشك لصالح المدين (م١٥١/١ مدني) . يؤدي غموض الشرط وعدم إنسجابه مع باقي أحكام العقد الي صيرورته ، عملاً ، مجرد حروف ميتة في أغلب الاحوال . بل ان التساؤل يثور عما اذا كان هذا الشرط الغامض ، والذي لا يتناسب جزاؤه بالنسبة للمشتري مع حق البائع ، ينبغي إعتباره ، علي الأقل في العلاقة بين التاجر وغير التاجر (المستهلك العادي) بمثابة شرط تعسفي ، من قبل لجنة الشروط التعسفية المنشأة بقانون ١٠ يناير ١٩٧٨ الفرنسي .

ولعل أول ملاحظة يمكن إبداؤها ، في هذا المجال ، هي تناقض إحتفاظ البائع بالملكية مع ممارسة المشتري لحقوقه المرتبطة بصفته كمالك . ويبدو هذا التناقض بوضوح في حالة بيع الأشياء القابلة للإستهلاك . حقاً أن الحقوق التي يباشرها المشتري علي المبيع لا تشمل كافة حقوق المالك ، حيث يمكن أن يخضع لبعض القيود في ممارسته لحقوقه . ونوجد بالتالي في مواجهة مركز قانوني متغاير يصعب معه الوصول الي نظرية عامة

(1) Juan R., Conseils pour la rédaction d'une Clause de résérve de propriété Gaz.Pal., 8 janv. 1981.5.

للبيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية من خلال التعرف علي آثاره وتحديد طبيعته القانونية.

ويزداد الأمر صعوبة، بعد ذلك، من خلال ملاحظتين هامتين تنطبقان تقريباً علي كافة البيوع التجارية المقترنة بالشرط المذكور. تتمثل الملاحظة الأولي في وجود إلتزام سلبي علي البائع، فهو، رغم إحتفاظه بملكية المبيع، لم يعد يستفيد بأي حق من الحقوق المكونة لحق الملكية. فليس لديه حق الإنتفاع ولا حق التصرف من الناحية العملية. وتكمن الملاحظة الثانية في أن المشتري، رغم عدم إنتقال ملكية المبيع له بحكم الشرط، يمارس، علي وجه الدوام تقريباً، كل الحقوق الداخلة في إطاره حق الملكية، فهو يباشر حق الإنتفاع، عملاً، بلا قيود، ونفس الشئ تقريباً بالنسبة للحق في التصرف. وينطوي ذلك علي تناقض مطلق مع عدم تملكه، بحكم الشرط، للشئ المبيع.

ثالثاً : أمام هذا التناقض في المراكز والتباين في الفروض العملية ليس من المستغرب إذن أن نجد صعوبة في إستخلاص تحليل موحد ينطبق علي كل حالات البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية. وينبغي بلاشك، اللجوء، في هذا المقام، الي أكثر من تحليل. مما قد يوجدنا علي صعيد ساحات جديدة للبحث. فشرط الإحتفاظ بالملكية قد لا يتصل، أساساً، بالطبيعة القانونية للبيع بل يرتبط بالتأمينات الواردة علي المنقول أو نقل الملكية أو الحق علي سبيل الضمان كما هو الحال في القانون الالماني. وقد يستدعي الإحتفاظ بالملكية أمر آخر تماماً. وقد تدخل المسألة في إطار قانوني معروف سلفاً.

ان الصياغة الغالبة تتمثل في وقف إنتقال الملكية علي إستيفاء كامل الثمن، وهذا ما عبر عنه كل من المشرع المصري (م٤٣٠/١) والفرنسي (قانون ١٢ مايو ١٩٨٠) والألماني (م٤٥٥)، إلا أن الامر يمتد ليشمل الظروف التي من شأنها إضافة إنتقال الملكية الي أجل محدد أو تعليق هذا الإنتقال علي شرط معين، وقد يرد الوصف علي البيع ذاته بتعليقه علي شرط أو بإضافته الي أجل.

ويزداد الأمر تعقيداً في حالة الإحتفاظ بالملكية من خلال صور تعاقدية أخري كالبيع الإيجاري والتأجير الإئتماني أو بسبب تكملة الشرط المذكور بشروط اضافية أخري كالشرط الصريح الفاسخ أو الشرط الجزائي أو بعقود مرحلية أخري كالإيجار والقرض والعارية لبيان حقوق وإلتزامات الطرفين خلال الفترة الإنتقالية.

ولا يقتصر الامر علي شرط الإحتفاظ بالملكية البسيط المعروف في كل من القانون المصري والفرنسي، بل يمتد ليشمل الشرط الممتد والمتسع في القانون الالماني، حيث لا يقتصر حق البائع في الضمان علي البضاعة الموجودة بحالتها العينية بل تلك المحولة أو المركبة أو حتي تلك التي يتم التصرف فيها. ولا تضمن تلك البضاعة حق البائع في ثمنها فقط بل تضمن الوفاء، أحياناً، بكل حقوقه قبل المشتري، بل وبعض حقوق الآخرين المتعاملين معه قبل الأخير. أضف الي ذلك إنتشار نقل الإستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية علي سبيل الضمان وبصفة خاصة من أجل الحصول علي الإئتمان مما يضعنا أمام علاقات قانونية متعددة الأطراف.

ومن ثم فإنه من الخطأ الأصرار علي إطار موحد وصياغة جامدة لشرط الإحتفاظ بالملكية. فمن العسير إدخال هذا الشرط ضمن تكييف قانوني محدد سلفاً وترتيب كافة النتائج القانونية المرتبطة به علي كل الفروض، خاصة وان الامر يتعلق، في الغالب، بالبيوع والمعاملات التجارية بما تتسم به من مرونة وتطور. فالامر ينبغي ان يتوقف، طبقاً لتعبير محكمة النقض الفرنسية، علي إرادة الأطراف[1].

لاشك أن مثل هذا القول يؤدي الي عدم الوضوح واليقين. وهذا ما يحاول تفاديه انصار البحث عن تفسير ثابت لشرط الإحتفاظ بالملكية. الا أننا أصبحنا في عصر متغاير لم تعد فيه فكرة الاطر القانونية الثابتة والعقود المسماة بصفة عامة، كافية لتفهم نوايا ومقاصد أطراف العلاقات القانونية. وتلك هي النتيجة الطبيعية لمبدأ الحرية التعاقدية الذي عاد الي الأزدهار من جديد بعد ثبوت فشل الفكر الموجه والدور التدخلي المتفاقم للمشرع في الرابطة العقدية.

رابعا: ولعل الطبيعة الخاصة لشرط الإحتفاظ بالملكية تنبع، بالإضافة الي طبيعته التعاقدية، من طابعه الإئتماني، فهو وإن تميز، من الناحية الفنية، عن التأمين العيني، إلا أن جوهره يكمن في إحتفاظ البائع بملكية المبيع علي سبيل الضمان لإستيفاء الثمن، ومن ثم لا يمكن إغفال نية الأطراف في هذا المقام، ومدي حرص البائع علي ضمان إسترداد المبيع في حالة عدم الوفاء بالثمن وخاصة عند إفلاس المشتري دون الدخول ضمن جماعة الدائنين.

---

(1) V. Aff. Mecarex, Com. 20 nov. 1979, op.cit.

أصبح إستعمال الشرط المذكور والحديث عنه مرتبطاً بالمصطلحات الائتمانية المترادفة مثل الضمان والتأمين المتميز أو الفعال. وأصبح الشرط جزءاً من ظاهرة عامة تتمثل في نمو التصرف الائتماني ككل، وتوظيف الملكية في دور جديد كوسيلة ضمان[١]، ويبدو ذلك بوضوح علي صعيد قانون البنوك حيث يزدهر نقل الملكية والحقوق علي سبيل الضمان. ويكفي الاشارة، في هذا المقام، الي الأوراق التجارية التي أصبح التظهير الناقل لملكيتها هو المفضل غالباً، بالنسبة لها، عن التظهير علي سبيل الضمان[٢]. وبدأت التكييفات التقليدية في التصدع أمام ضغط الأساليب الفنية الحديثة[٣]

(ب) تقييم شرط الإحتفاظ بالملكية

تبين لنا من البحث ان شرط الإحتفاظ بالملكية يثير الكثير من الجدل حول محاسنه ومساليه، لذا تتأرجح احكامه، في التشريع والقضاء بين الثبات والتطور طبقاً للنظام القانوني السائد في الدولة وظروفها الإقتصادية. ونستلخص ذلك من النقاط الآتية:

أولا: ينعقد البيع بمجرد تبادل التراضي بين البائع والمشتري. تنتقل ملكية المبيع، كقاعدة عامة، الي المشتري أثر الإتفاق علي الشئ المبيع

(1) Bey E.M.. La propriété. Le Crédit envisagé comme une sûreté, in evolution du droit des sûretés. R. jur. Com. fév. 1982.

(2) Cf. Agneessems. Vasseir. R. Banque 1978.465.

(3) Chaput. la transmission des obligations en droit bancaire français in la transmission de obligations de la Faculté de Droit de Louvain, Bruylant et L.G.D.J. 1980.

والثمن ولو لم يتم تسليم المبيع أو دفع الثمن. يجوز للأطراف، مع ذلك الإتفاق علي تأخير نقل الملكية لحين الوفاء بكامل الثمن. تزداد أهمية هذا الإتفاق في حالة بيع المنقول، وبصفة خاصة البضاعة في المعاملات التجارية.

كان الإتفاق علي شرط الإحتفاظ بالملكية يعد دائماً صحيحاً فيما بين الأطراف، الا أن الإحتجاج به علي الغير كان، ولا يزال، يصطدم ببعض العقبات، خاصة في حالة إفلاس المشتري. كان القضاء الفرنسي يرفض إمكانية إسترداد البائع للبضاعة، المبيعة مع الإحتفاظ بملكيتها، في حالة عدم إستيفاء ثمنها، بعد الحكم بشهر افلاس المشتري. وكان القضاء المصري متمسكاً بذلك المبدأ. يجد البائع نفسه ضمن جماعة الدائنين علي أمل الحصول علي جزء ولو يسير من الثمن المستحق بعد التصفية الجماعية لأموال المشتري[1]. ويؤدي ذلك الي موقف شاذ حيث تباع البضاعة التي دخلت للمشتري حديثاً، ولا تزال مملوكة للبائع بمقتضي الشرط، بثمن بخس ليوزع غالباً علي الدائنين الممتازين ويساهم البائع بذلك، بطريق غير مباشر، في سداد الديون العامة (ضرائب وتأمينات...) المستحقة علي المشتري.

من هنا كانت الخاطر الكبيرة وراء تسليم البضاعة الي المشروعات المتعثرة وإحجام الموردين عن ذلك مما استتبع صعوبة حصول هذه المشروعات علي ما يلزمها للبقاء أو للنهوض أو الخروج من عثرتها ووقوعها

---

(1) Benezra, Reserve de propriété et procédures Collectives. Gaz.Pal. 1989.1.

السريع في هاوية الإفلاس علي التوالي وبطريقة تلحق الأضرار بالإقتصاد القومي[1]. مما دفع الحكومة الفرنسية ورجال البرلمان، تأثراً بباقي الدول الأوروبية خاصة القانون الألماني، الي التقدم بعدة مشروعات، منها ما يتصل بتعديل القواعد الأساسية المقررة في المادة ١٥٨٣ مدني لتأخير إنتقال الملكية لحين الوفاء بكامل الثمن، ومنها ما يتصل بتعديل بعض مواد قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧، فيما يتعلق بالإفلاس، لتخويل البائع حق إسترداد البضاعة التي يحتفظ بملكيتها في مواجهة جماعة دائني المشتري. وقد كان ذلك بالفعل موضوع قانون ١٢ مايو ١٩٨٠.

تغير الوضع في القانون المصري بصدور قانون التجارة حيث أصبح الشرط نافذاً في مواجة الدائنين.

ثانياً: جاء التدخل التشريعي الفرنسي بقانون ١٢ مايو ١٩٨٠ كمحاولة للتوفيق بين إتجاهين متناقضين. ترددت الحكومة الفرنسية كثيراً في إصداره، حيث وقفت الإعتبارات المالية عقبة أمام التدخل التشريعي، الا أن رغبة الحكومة في مد يد العون للمشروعات المتعثرة كان السبب وراء اقرار القانون رغم عدم إقتناعها الكامل به[2]. آثار هذا التدخل العديد من الدراسات لبيان أبعاده ومضمونه.

جاء هذا القانون أيضاً للتوفيق بين هولاء الذين يرون ان انقاذ المشروعات يتطلب إعادة النظر في نظام الإمتيازات مقررين انه إذا كان البائعون لا يتمتعون بضمانة للوفاء بالثمن في حالة إفلاس المشتري، فان

(1) Ghestin et Jamin, La protection de Vendeur sous reserve de propriété et la survie de l'entrepise en difficulté, R. Proced Collec. 1989. 291.

(2) Houin, Lyonnet, Gaz. Pal. 8 mars 1980.

النهوض بالمشروع، دون إئتمان الموردين، يكون سراباً. والفريق الآخر الذي يعتقد أن الإحتفاظ بالملكية طبقاً للنموذج الألماني هو الأكثر نجاحاً. جاء القانون الجديد دون أن يشكل مساساً بإمتياز الخزانة العامة، الا أنه يخول الموردين، مع ذلك، ضمانة معينة ولكنها محددة وان لم تكن، في النهاية صورية أو وهمية. ويقتصر نطاق الإستفادة من ذلك القانون علي فئة موردى البضائع ولا يفيد منه بالتالي، مقدمو الخدمات[١].

كان وجود شرط الإحتفاظ بالملكية في العقد أمراً مشروعاً قبل قانون ١٢ مايو١٩٨٠، إلا أن هذا الشرط لم يكن يحتج به، في حالة إفلاس المشتري، قبل جماعة الدائنين.

أدي القانون المذكور الي سريان الشرط في حق هذه الجماعة مما زاد من قوته وفعاليته في أداء دوره بصفة عامة وفي التبادل التجاري خاصة وزاع إنتشاره في مجال المعاملات وإحتل مكانة هامة علي صعيد الإئتمان. لعل نقطة الضعف الباقية تكمن في عدم وجود جزاء يضمن عدم تصرف المشتري في المبيع قبل سداد ثمنه، فمثل هذا التصرف يمكن أن يهدد وظيفة الشرط حيث يقف مشلولاً في حالة تصرف المشتري في المبيع للغير حسن النية. يستطيع هذا الاخير التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ليعطل بذلك حق البائع في إسترداد البضاعة التي لم يستوف ثمنها. عكس الحال في القانون المصري حيث أصبح الشرط نافذاً في مواجهة الغير حسن النية.

(1) J. Mauro. William, Garcin. Thieffery, Gaz. Pal. 24 avr. 1980-Duguet, Gaz.Pal. 24 mai 1980.

ويتعطل شرط الإحتفاظ بالملكية كذلك في حالة تغير الحالة العينية للبضاعة بالتحول أو الإندماج ضمن مادة أخري. يختلف الحكم في القانون الألماني حيث يحتفظ الشرط بقوته في أداء دوره في مثل هذه الحالات سواء فيما يتعلق بالحقوق الناتجة عن إعادة بيع البضاعة أو البضاعة في صورتها الجديدة.

ثالثاً: يثير تطبيق شرط الإحتفاظ بالملكية، مع ذلك، العديد من التساؤلات في القانون الألماني رغم قيامه منذ سنة ١٩٠٠ وتعاظم دوره علي النحو السابق. أدي ذيوع الشرط وتعدد صوره وتطورها الي زعزعة القواعد المستقرة في الإفلاس والتسوية القضائية. فمن جهة يضطر السنديك الي الدخول في عملية شاقة بالتعرف علي البضاعة المحتفظ بملكيتها والمركز القانوني لكل الأموال الموجودة في حيازة المدين وتلك التي أعيد بيعها قبل بدء الإجراءات الجماعية. يقتضي الأمر بذل جهود مضاعفة تستوجب الكثير من الوقت والنفقات[1].

يؤدي الشرط المذكور، من جهة ثانية، الي إنضاب الجانب الإيجابي للتفليسة حيث يتم إفراغ الذمة المالية للمشتري المفلس، تقريباً، من عناصرها الإيجابية، يحاول القضاء الألماني التخفيف من تلك النتيجة، فهو لا يعمل حق البائع في الإسترداد علي إطلاقه، بل يعطيه مجرد الأولوية في إستيفاء حقه، علي إنفراد، من خلال التنفيذ علي الأموال المثقلة بشرط الإحتفاظ بالملكية. يعامل القضاء الشرط المذكور معاملة التأمين العيني

(1) Cf. Congers De Vienne, Gaz.Pal., juin 1980.25- Fangain, Gaz.Pal-24 mai 1980.

الوارد علي المنقول دون حيازته المتمثل في نقل الملكية علي سبيل الضمان. وعلي الرغم من أن هذا القضاء يؤدي الي الحد جزئياً من حق البائع في الإسترداد الا أنه يستمد مبرراته القوية من الإعتبارات الإقتصادية[١].

تشير الدراسات الي أن شرط الإحتفاظ بالملكية يؤدي دوراً هاماً في تنشيط الحركة التجارية والصناعية وإنقاذ المشروعات من الإفلاس، من خلال تشجيع الموردين علي إمداد المشروعات بما تحتاجه من بضائع. بل أن الموردين الفرنسيين يقبلون علي التعامل مع نظائرهم الألمان ثقة منهم في الإستفادة من فعالية الشرط وقوته في ضمان حقوقهم طبقاً للقانون الألماني[٢].

يتحفظ البعض، مع ذلك، إزاء هذا الدور للشرط المذكور حيث لم يمنع وقوع الكثير من حالات الأفلاس، بل يمكن أن يساعد علي تفاقمها بسبب إحجام الدائنين العاديين عن التعامل مع المشتري نظراً لضآلة ما سيحصلون عليه من حصيلة أموال التفليسة التي يتم إستنزافها بسبب اعمال شروط الإحتفاظ بالملكية. والواقع ان المسألة تتسم بالتعقيد حيث ترتبط عمليات الإفلاس بإعتبارات إقتصادية متشابكة، ومن الخطأ ربطها كلية، سلباً أو إيجاباً، بمجرد عامل قانوني كشرط الإحتفاظ بالملكية[٣].

رابعـاً: يبدي ممثلو جماعات الدائنين Syndics، بفرنسا، اعتراضهم

(1) Orscheid, op. cit.
(2) Stumpf. op.cit.
(3) M. Pédamon, Gaz.Pal., op.cit.

الشديد علي القانون لمساسه الواضح بحقوق الدائنين ويطالبون بإعمال مبدأ المساواة فيما بينهم. ويكفي وجود عدد من الديون الممتازة وعلي الأخص دين الخزانة العامة التي تصر علي تقاضي حقوقها مما يعوق عملاً محاولة إنقاذ المشروعات. أضف الي ذلك التأجير الإئتماني Leasing. وأخيراً فإن هناك العديد من الأسباب التي تجعل من إنقاذ المشروعات المتعثرة أمراً صعباً من الناحية العملية(١).

أثرت تلك الإعتبارات علي المشرع عند تقريره لحق البائع في استرداد البضاعة التي لم يستوف ثمنها، وتطلب لإعمال هذا الحق عدة شروط تحد من آثاره وضمانات تعوق إساءة إستخدامه إضراراً بحقوق دائني المشتري. ونظر المشرع الي شرط الإحتفاظ بالملكية علي أنه ذا طبيعة إستثنائية لمساسه بمبدأ المساواة بين الدائنين. إقتصر المشرع علي إقرار الشرط البسيط دون سائر صوره الأخري الممتدة أو المتسعة(٢). وإستلزم للإسترداد بقاء البضاعة علي حالتها العينية، وقصر الإسترداد علي حالة سداددين ثمن البضاعة ذاتها دون أي دين آخر(٣).

ويجب تقديم طلب الإسترداد خلال ثلاثة أشهر من تاريخ بدء اجراءات التفليسة. ويلزم اخيراً، بل بداية، وجود إتفاق مكتوب علي الشرط قبل أو أثناء تسليم البضاعة المبيعة. وقد رأينا ان إعمال تلك الشروط التي حددها المشرع لقبول دعوي الإسترداد يثير بعض الصعوبات في العلاقات التجارية.

(1) Congrés de syndics d'Orléans, oct. 1978, Gaz.Pal 1978.2.607.

(٢) انظر ما سبق ص ١٤٥ ، ١٩٠ .

(٣) بخالف الحال بالنسبة للقانون الألماني، نفس الموضع.

إنعكس ذلك بدوره علي القضاء الفرنسي، حيث كشفت لنا الدراسة عن نظرته للطبيعة الإستثنائية للشرط المذكور، وبصفة خاصة بالنسبة للغير، سواء فيما يتعلق بحماية حقوق الغير حسن النية أو بحماية حقوق جماعة الدائنين، من خلال التفسير الضيق لحق البائع في إسترداد المبيع والحد من نطاق إعماله وذلك حرصاً علي إستقرار مبدأ المساواة بين الدائنين[١].

والواقع ان هناك بعض مجالات القانون التي لا يسمح فيها المشرع، لإعتبارات معينة، باعمال سلطان الإرادة عامة والحرية التعاقدية خاصة الا بالقدر الذي يحدده وطبقاً لمعطيات معينة. ويبدو ان مجال الإفلاس نموذج واضح لذلك المبدأ. ان الطبيعة الآمرة للقواعد المنظمة لمركز كل الأشخاص المعنيين فيه تكشف عن رغبة المشرع في تنظيم علاقاتهم من خلال إحترام مبادئ معينة تتعلق خاصة بالمساواة بين الدائنين العاديين [٢]. ينبغي ألا تكون لحظة فشل المدين وتصفية أمواله نقطة إنطلاق لسلسلة من حلقات الجشع والأنانية. ويجب أن يكون الإفلاس لحظة مميزة للتنظيم والتخلي عن الاطماع الشخصية والإلتزام بالقواعد المقررة في هذا الشأن.

ان إقرار شرط الإحتفاظ بالملكية، في هذه الحالة، يعد قبولاً إستثنائياً لدور الإرادة في مجال يقتصر تنظيمه علي المشرع. ويتم اعمال هذا الشرط علي نحو مخالف للقواعد المعمول بها في إتمام إجراءات التصفية الجماعية،

---

(1) Merle, l'interpretation jurisprudentielle de la Clause e reserve de propriété, Banque 1986-644.

(2) Delebéque ph. les süretés dans les nouvelles procédures Collective, J.C.P. 1985.1.186.

حيث يؤدي الي خلق مركز متميز لدائن عادي علي نظرائه. لذا ليس من المستغرب إتخاذ محكمة النقض الفرنسية هذا الموقف من الشرط بصفة عامة ورفضها أي إتفاق اضافي [1]، يري الأطراف من خلاله التحلل من الشروط الصارمة الواجب توافرها لقبول دعوي الإسترداد، وذلك لتعلق الأمر بالنظام العام في هذا الشأن [2].

خامساً: إذا كان من شأن التعديل التشريعي الفرنسي زيادة اللجوء الي شرط الإحتفاظ بالملكية وإنتشاره في المعاملات، كما هو الحال في القانون الالماني، فما هي الآثار المتوقعة لذلك في مجال الاعمال؟ اليس من شأن ذلك الإنتشار حث المشترين علي الوفاء بثمن بضائعهم نقداً أو علي الاقل في وقت أسرع مما هم عليه الآن بغية التحرر من القيود المرتبطة بوجود مثل هذا الشرط في عقود البيع؟

لا شك ان من شأن القيود التي تفرض علي المشتري بشأن إستعمال وإستغلال المبيع أو التصرف فيه، إعاقة حرية التبادل التجاري والنشاط الإقتصادي بصفة عامة. من هنا تكمن أهمية تخفيف حدة آثار شرط الإحتفاظ بالملكية من خلال تقرير بعض مكنات الملكية للمشتري، علي المبيع كالسماح له بإستغلال البضاعة أو تحويلها أو إدماجها إذا كانت من المواد الخام أو إعادة بيعها إذا كانت من المواد المصنعة. والواقع أن القانون

---

(١) مثال ذلك القضاء بعدم مشروعية الإتفاق مسبقاً علي أن البضاعة الموجودة لدي المشتري هي بعينها التى إشتراها من البائع محملة بشرط الإحتفاظ بالملكية ولم يتم دفع ثمنها، يقيم الإتفاق قرينة لصالح البائع تعفيه من عبءالإثبات. إنظر ما سبق ص ١٣٨ .

(٢) وذلك بخلاف المرونة التي يبديها القضاء الألماني ص١٤٥ .

الفرنسي لم يصل بعد الي تلك المرحلة التي وصل اليها القانون الألماني الذي يطلق حرية المشتري بصدد المبيع مع تنازله، منذ البداية عن حقوقه المستقبلة قبل المشترين منه. هذا بالإضافة الي إنتقال حق البائع الي البضاعة المحولة أو المركبة.

ولاشك في أهمية الاثار المالية والإقتصادية المتوقعة للتعديل التشريعي. فبالإضافة الي زيادة حجم التعامل النقدي وتقصير آجال الدفع في التعامل بين المشروعات، بالتالي، تقليل مخاطر ائتمان الموردين وتكلفة البضاعة الموردة، يؤدي القانون أيضاً الى إنقاص حجم الأوراق التجارية المتداولة وتفادي تراكم الإئتمان وآثاره التضخمية[1]. وأخيراً فإنه بلاشك، يقي حدوث العديد من حالات الإفلاس. ان من شأن تلك الآثار المالية أن تؤدي الي حلول إئتمان المشتري تدريجياً محل إئتمان البائع [2] والتقليل من الآثار التضخمية الناجمة عن تراكم الإئتمانات الممنوحة حالياً في صورة خصم كمبيالات علي عدة مستويات من التبادل التجاري، وأحياناً علي نفس البضاعة، والناجمة أيضاً عن آثار تطور المخاطر وتكلفة الخصم علي الاسعار التي يتم التعامل بها. وينعكس كل ذلك بطبيعة الحال علي السياسة المالية للبنوك حيث تجد وسائل الإئتمان المباشرة الممنوحة للمشترين مبرراً

---

(1) Gavalda., Les aspects bancaires de la Clause de réserve de propriété, in.act. de droit de l'entreprise, T.12, 1982, P. 57.

(2) Stouffler, Vente aver reserve de propriété de propriété, utilisation de la reserve de propiété pour la garantie d'un Crédit acheteur, in acualité de dr. de l'entreprise, T. 12 1982, P. 87.

أكبر علي صعيد خطة التمويل التقليدي وتصبح أقل كلفة علي صعيد النشاط البنكي[1].

ويتشكك البعض بصدد هذا الأثر المنسوب لشرط الإحتفاظ بالملكية فيما يتعلق بتقصير آجال الدفع وإستبدال إئتمان البائع بائتمان المشتري. لايبدو، طبقاً لهم، أن الشرط المذكور صاحب فضل في ذلك. فقد ثبت، من الناحية الواقعية، أن البائع، الذي يشترط الإحتفاظ بالملكية، لا يضع، في أغلب الأحوال، أي قيد علي حق المشتري في الإنتفاع أو التصرف حتى لا يتسبب في إعاقة معاملاته. فالشرط الذي لا يشكل أي قيد علي حقوق المشتري علي المبيع ليس من شأنه حثه على سرعة الوفاء بالثمن. ويبدو ذلك في نطاق البيع المتعلق بالمعدات ومواد التجهيزات، وهو المجال الذي يتمتع فيه الشرط بفعالية أكثر.

ولعل أفضل وسيلة للوصول الي سرعة الوفاء هي إشتراط آجال قصيرة للدفع ووضع قيود فعلية علي حق المشتري في إستغلال البضاعة والتصرف فيها، في الحالة التي لا يتم دفع الثمن نقداً[2].

تعليق :

جاء شرط الإحتفاظ بالملكية وليد الواقع وإستجابة لمتطلباته، فقد نشأ في المعاملات بين الأفراد في كل من فرنسا ومصر ثم تدخل المشرع بعد ذلك لتقنينه. ونفس الشئ في القانون الألماني الذي إستمر فيه تفاعل الشرط مع

(1)Congrés d'oct. de L.A.N.C.J., Gaz.Pal., 4 mars 1980.

(2) Rapport sur le "Crédit intre-entreprises" du groupe de travail par M. Falcon au C.N.P.F., 9 oct. 1978.

مقتضيات التبادل والإئتمان التجاري علي نحو تجاوزت أحكامه، التي أقرها القضاء، الي حد بعيد، نصوص القانون القائمة. ومن ثم فإن هذا الشرط ينطوي، بالضرورة، علي قدر كبير من الفعالية في تحقيق غايات الأطراف ومصالحهم. وهو، كأي نظام قانوني، لابد وأن تسجل عليه بعض المآخذ من خلال تعارضه مع نظم وأفكار قانونية أخري. ولا يتم التطور القانوني الحديث الا من خلال التضحية ببعض المسلمات والأفكار القانونية السائدة.

ولعل ما يزيد الامر صعوبة بالنسبة للشرط المذكور هو إرتباطه الوثيق بالمعاملات التجارية والنشاط الإئتماني حيث المرونة والتطور السريع، ومن ثم فهو يتأثر حتماً بالمعطيات الإقتصادية والحركة المالية في الدولة، وعلي ذلك لا ينبغي النظر الي شرط الإحتفاظ بالملكية بصورة مجردة، فهو جزء من تطور معاصر لقانون الأئتمان من جهة والأفكار القانونية التقليدية من جهة أخري، وتأتي أحكامه إستجابة لمدي هذا التطور والمرونة التي يبديها النظام القائم من جهة ثالثة. لذا يثور التساؤل عن مدي إمكانية تعديل أحكامه في القانون المصري.

(حـ) إقتراح التعديل التشريعى

أدت المآخذ التي سجلها البعض علي شرط الإحتفاظ بالملكية الي القول بغموض وإضطراب أحكامه مما دفعه الي إقتراح الإستغناء عنه كلية بتعديل تشريعي في قانون الإفلاس ذاته يحقق الغاية المرجوة من الشرط. وبالرغم من وجاهة هذا الإقتراح، إلا أننا نفضل الإبقاء علي الشرط المذكور. ويثور

التساؤل في النهاية عن مدي الحاجة لتعديل قانون البيع ذلك. ونعرض علي التوالي لتلك النقاط[1]:

الإستغناء عن شرط الإحتفاظ بالملكية بتعديل قانون الإفلاس:

ذهب بعض خصوم شرط الإحتفاظ بالملكية الي أن الأهداف التي دفعت المشرع الفرنسي الي وضع قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ كان من الأفضل تحقيقها من خلال تعديل المادة ٦١ بدلاً من المادة ٦٥ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ (أي المادة ١١٧ بدلاً من المادة ١٢١ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥). تدخل المشرع الفرنسي بالقانون السابق لتقرير نفاذ الشرط المذكور قبل جماعة دائني المشتري المفلس أي أحقية البائع في إسترداد البضاعة التي يحتفظ بملكيتها ولم يستوف ثمنها، من أموال التفليسة. ويمكن تحقيق ذلك الهدف بالنص مباشرة علي أحقية البائع في إسترداد البضاعة غير مدفوعة الثمن. ويتم إعمال هذا الحق بقوة القانون دون حاجة الي وجود شرط الإحتفاظ بالملكية أي أننا نصبح أمام حق قانوني مقرر لكل بائع بغض النظر عن وجود الشرط المذكور من عدمه.

ويري أصحاب هذا الرأي إضافة فقرة الي المادة ٦١ (م١١٧) تقضي بأنه «يمكن إسترداد البضاعة، الموجودة بحالتها العينية، كلياً أو جزئياً، التي لم يتم دفع ثمنها في تاريخ الحكم بالتسوية القضائية أو تصفية الأموال، حيث يتم فسخ البيع في هذه الحالة بقوة القانون، ويقتصر الإسترداد، مع

(1) Y. Demoures, op. cit., n. 87

ذلك، علي القدر من البضاعة الذي يعادل قيمة الحق المتبقي للبائع، ما لم يلتزم بأن يسدد المشتري ما يزيد في قيمة البضاعة عن حقه(١).

يتم اعمال حق الإسترداد في إطار التصفية الجماعية، ويقتصر تطبيقه علي المقدار المعادل لحق البائع، فمن العدل أن يسترد البائع بضاعته التي لم يستوف ثمنها بدلاً من إستخدامها في سداد ديون دائن آخر، ولكن ليس من العدل أن يتميز البائع فيما يتعلق بالتعويض المستحق عن الأضرار التي حلت به، عن سائر الدائنين، وليس من العدل أيضاً إسترداده كل البضاعة حتي ولو فاقت قيمتها الحق المتبقي له من الثمن. فإذا كان البائع نفسه في حالة إفلاس فإن ذلك يستتبع تفضيل دائنيه، فيما يتعلق بالجزء الزائد من قيمة البضاعة المستردة عن حقه، علي دائني المشتري بلا مبرر.

ان حق الإسترداد، بوصفه قاصر علي البضاعة الموجودة علي حالتها العينية، وفي إطار الجزء المتبقي من الثمن، يشكل أقل مساس بحقوق الدائنين الآخرين. ويعلم الدائنون سلفاً بأن جزءاً من أموال المشروع مخصصة لسداد ديونه قبل مورديه، أي أن جزءاً من الديون يكون مضموناً بحق الإسترداد المقرر علي البضاعة التي لم يتم الوفاء بثمنها. ويكون لهذا الحق أثراً فاسخاً بقوة القانون مثل ذلك الناتج عن الشرط الفاسخ المقرر في حالة عدم الوفاء بالثمن المتفق عليه فى العقد.

نقد الإقتراح: يتمثل الإقتراح في إنشاء حق إسترداد قانوني للبائع الذي لم يستوف حقه في الثمن. يؤدي ذلك الي إجراء تعديل جوهري علي قانون الإفلاس ليصبح بائع المنقول دائناً ممتازاً عن سائر الدائنين العاديين للمشتري المفلس، ويتم بذلك إهدار المبادئ الأساسية للأفلاس، ذات الطبيعة

(١) يقتضي الأخذ بهذا الإقتراح إضافة نص خاص بهذا المعني .

الآمرة، سواء فيما يتعلق بالمساواة بين الدائنين أو حماية للإئتمان الظاهري لهم [١]. ان تقرير حق الإسترداد علي إطلاقه، لكل بائع، لم يستوف حقه في الثمن، أمر لا مبرر له ويصعب قبوله لان من شأنه إهدار الضمان العام للدائنين بل والمساس بحقوق الإمتياز العامة كتلك المقررة للخزانة العامة والتأمينات الإجتماعية. ولا يجوز القول بأن حق الإسترداد القانوني يؤدي الي نفس نتائج حق الإسترداد الإتفاقي أي المتولد عن شرط الإحتفاظ بالملكية، حيث توجد فروق هامة بينهما:

أولا : ان تقرير حق الإسترداد القانوني يعد تدخلاً آمراً داخل عقد البيع الذي تتسم احكامه أساساً بالطبيعة المكملة إنطلاقاً من مبدأ الحرية التعاقدية، ويؤدي ذلك الي المساس بتوازن العقد ونظامه القانوني. يختلف الامر بالنسبة لحق الإسترداد الإتفاقي الذي تنسجم طبيعته مع طبيعة عقد البيع.

ثانيا : ان إسترداد البائع للمبيع المحتفظ بملكيته يعد أمراً طبيعياً لانه يتصرف اعمالاً لحقه كمالك ويتفق وحكم القواعد العامة أصلاً، ويشكل حظر هذا الإسترداد في حالة إفلاس المشتري خروجاً إستثنائياً علي تلك القواعد مراعاة لحقوق الغير حسن النية وحماية للإئتمان الظاهري للدائنين، ومن ثم فإن تقرير إعمال شرط الإحتفاظ بالملكية قبل جماعة الدائنين لا يشكل خروجاً على القواعد العامة بل عود إليها [٢].

(1) Derrida F., La Clause de reserve de propriété et le droit des procésures Collective, D. 1980.293.

(2) Pontavice, Intérêts et limites de la Clause de résérve de propriété, R. Banque. triage à part, 1982.79.

أما بالنسبة لحق الإسترداد القانوني المقترح فيشكل إستثناءاً من كل الوجوه: إن ملكية البضاعة تنتقل الي المشترى بمجرد العقد ولو لم يتم دفع الثمن، ومن ثم فتقرير إسترداد البائع لها يعد إسترداداً لما لا يملك، حيث يحصل علي مال من ذمة المشتري أي من الضمان العام لدائنيه. ويعد ذلك إستثناءاً آخر من هذه الناحية، أي أننا نخرج مالاً من التفليسة لنخص به أحد الدائنين العاديين. ينطوي الامر أيضاً علي تقرير ميزة خطيرة للبائع على غيره من الدائنين، فهو يحصل على أحد أموال المدين لينفذ عليه بحقه بمعرفته حيث يبيعه بحريته ويستوفي حقه ثم يرد الباقي لجماعة الدائنين. ويخالف كل ذلك القواعد المعمول بها في تصفية الأموال.

ثالثاً: يؤدي حق الإسترداد القانوني الي نتائج مالية سيئة. فالمشتري لن يكون لديه الحافز علي سرعة الوفاء بالثمن، ويصبح إئتمان البائع هو الأساس لا إئتمان المشتري. ويستتبع ذلك الاحجام عن التعامل بدلاً من زيادته.

تدعيم شرط الإحتفاظ بالملكية:

نفضل، لكل ذلك، الإبقاء علي شرط الإحتفاظ بالملكية كأداة ضمان ووسيلة إئتمان عملية متعارف عليها في العلاقات التجارية وينظمها الأطراف والعرف التجاري طبقاً لمعطيات التعامل وإحتياجاته وما يتسم به من مرونة وتطور. فالشرط المذكور يوفق بين مصلحة البائع في ضمان حقه في الثمن ومصلحة المشتري في الإنتفاع ودفع حركة نشاطه التجاري. ولكن مصلحة دائني المشتري هي التي تظل موضع تساؤل[1].

(1) Cablillac M., La protection du Créancier dans les suretés mobilières Conventionnelles sans dépossession, Sirey 1954, P. 14.

فضل القضاء المصري مصلحة الغير، بصفة عامة، علي مصلحة البائع، سواء أكان هذا الغير قد إكتسب حقاً عينياً على البضاعة بحسن نية، أو كان دائناً عادياً للمشتري المفلس. ومن الصعب توجيه النقد للقضاء في هذا الشأن لان قاعدة حماية الوضع الظاهر والإئتمان العام للدائنين والمساواة بينهم تعد حجر الأساس في قانون المعاملات.

ولا يمكن توجيه النقد الي نص المادة ٤٣٠ من تقنيننا المدني حيث جاءت صياغتها موفقة في إقرار مبدأ الإحتفاظ بالملكية والإتفاق علي الشرط الجزائي وتحديد وقت إنتقال الملكية وتكييف العقد. تتفق تلك الصياغة مع القواعد العامة ومبدأ الحرية التعاقدية حيث يترك للأطراف حرية تنظيم البيع، إنطلاقاً من طبيعة العلاقة ومقتضيات المصلحة، دون المساس بقواعده الآمرة. ويتمتع القاضي، إزاء النص السالف، بدور كبير في إجراء التكييف الصحيح للعلاقة ومنع التعسف. هذا فضلاً عن دوره في إعمال نصوص الإتفاق وتفهم مدلوله وقصد المتعاقدين علي ضوء الظروف والملابسات (١).

ولكن الامر يستوجب، في رأينا، اضفاء قدر أكبر من الفعالية علي شرط الإحتفاظ بالملكية كي يقوم باداء دوره في تنشيط الحركة المالية وتدعيم التبادل التجاري ويصبح أداة ائتمان الي جانب دوره كوسيلة ضمان. ويغني الافراد عن البحث عن وسائل أخري لضمان حقوقهم، صريحة أو مقنعة، كالبيع الإيجاري والتأجير الائتماني، والإيجار المقترن بوعد البيع... ويتأتي

---

(٢) نقض ١٩٦٧/٢٢٣ المجموعة س١٨ ص٤٦١ .

ذلك من خلال نفاذه قبل جماعة دائني المشتري المفلس. يتطلب الأمر عملية توفيق بين مصلحة هذه الجماعة ومصلحة البائع أي الوصول الي ضمان حقه دون المساس بالائتمان الظاهري للدائنين.

فالبائع له الحق فى إقتضاء الثمن. وهو يحتفظ بملكية المبيع الي حين إستيفاء هذا الحق، ومن ثم تظل البضاعة ملكاً له ويستطيع استردادها في حالة عدم الوفاء، الا أن هذه البضاعة، رغم عدم دخولها الذمة المالية للمشتري، دخلت في حيازته وعول عليها دائنوه. لذا ينبغي إيجاد وسيلة شهر مناسبة تكفل إعلام المتعاملين مع المشتري من جهة وتمنع تحايله بقصد الإضرار بحقوق دائنيه من جهة أخري[1]. لاشك ان تطلب إجراءات معينة للشهر أو الكتابة يتعارض مع طبيعة المعاملات التجارية. لذا تميز القانون الألماني بالبساطة ولم يتطلب أي من هذه الإجراءات إعتماداً علي شيوع شرط الإحتفاظ بالملكية وتوقع الدائنين له في معاملاتهم، ومن ثم فهو لا يشكل بالنسبة لهم أية مفاجأة أو مساس استثنائي بحقوقهم وتوقعاتهم. ويستفيد الجميع من مزاياه في الحياة التجارية. أما القانون السويسري فقد تطلب تسجيل الشرط في سجل رسمي مخصص لذلك[2] وإكتفي القانون الفرنسي بمجرد وجود إتفاق مكتوب علي الشرط قبل أو لحظة تسليم البضاعة للمشتري.

---

(1) Dagot M., Sûretés immobilièrs, publicité foncière et saisie immobilière, R.de droit immobilier. 1982.4.

(2) Ruttiman l'exercice suisse des réserves de propritété dans les Ventes. in Idées nouvelles dans le droit de la faillite... Université de Louvain, Bruxelles 1969.

ونعتقد أن الوسيلة المناسبة في القانون المصري هي تطلب الكتابة ثابتة التاريخ، أي أنه يلزم، لنفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية قبل جماعة دائني المشتري، وجود إتفاق كتابي علي الشرط، ثابت التاريخ قبل أو لحظة تسليم البضاعة. لا يلزم ثبوت الكتابة في محرر رسمي بل يكفي مجرد ورقة عرفية، وذلك لمنع تحايل المشتري اضراراً بحقوق دائنيه. ويمكن إعلام المتعاملين مع التاجر من خلال الزامه بقيد البضاعة التى يشتريها محملة بشرط الإحتفاظ بالملكية، في سجل خاص أو جانب معين من دفاتره التجارية يسهل الإطلاع عليه، مع تقرير الجزاء المناسب علي مخالفة هذا الإلتزام. ولعل إهدار الثقة في التاجر المخالف، أو غير المنتظم في إجراء القيد، أثر توقيع الجزاء عليه، يعد جزاءاً رادعاً فى هذا المقام.

ان اشتراط ثبوت التاريخ يتفق وقواعد القانون المدني فيما يتعلق بنفاذ التصرف قبل الغير، الا انه يخالف ما هو مستقر في القانون التجاري. لعل خطورة آثار نفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية قبل الدائنين تستوجب ذلك الإستثناء الذي، وان شكل قيداً علي حرية التعامل، الا ان فائدته تعود علي الجميع من خلال تحقيق الضمان والإستقرار اللازمين لحماية الإئتمان التجاري. ولا يشكل ذلك مساساً قوياً بالرضائية الثابتة في المعاملات التجارية نظراً لأن المادة ١٥ من قانون الإثبات ذكرت وسائل إثبات التاريخ علي سبيل المثال لا الحصر، ويستطيع القاضي أن يعتد بأي امارات قاطعة الدلالة علي حقيقة تاريخ المحرر العرفي ويستند في ذلك الي وقائع قاطعة حتي لا يخل بالحماية التي كفلها المشرع للغير.

وبناء عليه يمكن إضافة نص في القانون التجاري، أو فقرة جديدة في المادة ٣٧٩ منه، لتقرير نفاذ حق البائع، قبل جماعة الدائنين، في إسترداد البضاعة التي يحتفظ بملكيتها ولم يستوف ثمنها، وأحقيته في حالة تصرف المشتري فيها، في الحصول علي ثمنها أو المتبقي منه في ذمة المتصرف اليه. ولعل الصياغة تكون «يجوز إسترداد البضاعة التي إشترط البائع، في محرر ثابت التاريخ قبل تسليمها، الإحتفاظ بملكيتها، إذا ظلت علي حالتها العينية. وإذا تم التصرف في البضاعة جاز إسترداد ثمنها أو المتبقي منه لدي المتصرف اليه»[1].

ولعل هذا الإقتراح الذي أبديناه في الطبعة الأولي لهذا المؤلف كان الدافع وراء النص الوارد في قانون التجارة حيث تضمن نفس المعني تقريباً مع إختلاف الصياغة في المادة ١٠٦، ١٠٧ السابق دراستهما.

الإبقاء على قواعد قانون البيع :

تقضي القواعد العامة بأحقية الدائن في طلب فسخ العقد الملزم للجانبين، بما في ذلك عقد البيع، في حالة إخلال الطرف الآخر بإلتزاماته. ويقع الفسخ بحكم القاضي الذي يتمتع في ذلك بسلطة تقديرية واسعة. وهذا ما يسمي بالفسخ القضائي أو الشرط الفاسخ الضمني. ويجوز للاطراف تضمين العقد شرطاً فاسخاً صريحاً يؤدي الي وقوع الفسخ بقوة

---

(١) ويمكن بالإضافة الي ذلك، تقرير عقوبة جنائية مناسبة في حالة تبديد البضاعة أو تصرفه فيها علي نحو يضر بحقوق البائع. ولعل تعديل نص المادة ٤٥ من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ يبدو ضرورياً في هذا المقام. ولا شك ان الأمر لا يكمن في جسامة العقوبة ذاتها بل في تأثير تعرض التاجر لها علي سمعته وما يتمتع به من ثقة علي صعيد المعاملات التجارية.

القانون لصالح الدائن بمجرد الإخلال بالإلتزام. ويفقد القاضي سلطته التقديرية في هذا المقام.

هل يمكن النص فى القانون علي وجود مثل هذا الشرط الفاسخ تلقائياً في كل عقد بيع كإستثناء من بين باقي العقود وخروجاً علي القواعد العامة في الإلتزامات؟ تم طرح هذا الإقتراح بالفعل أثناء مناقشة قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ الفرنسي القاضي بنفاذ شرط الإحتفاظ بالملكية قبل جماعة دائني المشتري. تحمس البعض للشرط الي حد المطالبة بجعل تطبيقه إجبارياً في كل بيع يتأخر فيه الوفاء بالثمن. ثم رفض الإقتراح وفضل المشرع الإبقاء علي قواعد قانون البيع دون تعديل(١)، ويؤيد الفقه(٢) ذلك لعدة أسباب:

١- ان الحاجة الي تدعيم شرط الإحتفاظ بالملكية تقوم في حالة إفلاس المشتري، ومن ثم فإن الميزة التي ينبغي تخويلها للبائع، وهي نفاذ حقه في إسترداد المبيع قبل جماعة الدائنين، تجد أهميتها بمناسبة البيوع التجارية دون سائر الأنواع الأخري التي تكفي القواعد العامة لمواجهة أحكامها. تتيح تلك القواعد، فيما يتعلق بالفسخ، للأطراف حرية الإتفاق علي تعديلها بما يتفق ومصالحهم. ومن شأن التعديل المقترح تعقيد الأمر والمساس بحرية الأطراف التعاقدية في تنظيم العقد علي النحو الموصل لتحقيق غاياتهم.

٢- يمكن أن يتوافر لدي المشتري سبب وجيه للإمتناع عن الوفاء بالثمن، كما لو كانت البضاعة المسلمة غير مطابقة للمواصفات. فلو

(1) Rapports de M. Rudloff au Sénat, n. 14 et 226.
(2) Y. Demourés, op.cit., n. 91 s.

قلنا بالفسخ التلقائي للبيع نتيجة عدم الوفاء لا نطوي ذلك علي وضع البائع في مركز متميز عن المشتري دون مبرر.

٣- تخول القواعد العامة البائع العديد من المزايا والضمانات لإستيفاء حقه مثل: الحق في الحبس، الحق في الإمتياز علي ثمن المبيع، الحق في الفسخ، الحصول علي ضمانات إضافية كرهن أو كفالة، تضمين العقد شرطاً فاسخاً صريحاً وشرطاً جزائياً، فرض قيود علي حق المشتري في إستعمال المبيع والتصرف فيه والمحافظة عليه، تعليق البيع على شرط أو إضافته الي أجل يرجئ ترتيب آثاره الي وقت معين ويتم تنظيم العلاقة خلال هذه الفترة من خلال قواعد محددة.

ان حماية حقوق البائع الذي لم يستوف حقه تبدو، في علاقات القانون المدني، متفقة وإحتياجات الواقع العملي، بينما لا تسمح سرعة المعاملات التجارية دائماً للبائع باللجوء الي الضمانات العامة السابقة لحماية حقه من جهة، ولا تجدي تلك الضمانات في حماية هذا الحق في حالة افلاس المشتري من جهة أخري. ان حق الإسترداد المقرر للبائع بمقتضي شرط الإحتفاظ بالملكية يضمن له هذه الحماية دون المساس بسرعة التبادل والإئتمان التجاري وسهولة المفاوضات.

نخلص من ذلك أنه ليس من الضروري أو المرجو تعديل القواعد العامة للبيع سواء بجعل شرط الإحتفاظ بالملكية إجبارياً أو بتقرير حق الفسخ التلقائي للبيع في حالة تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن. ويكفي تقوية شرط الإحتفاظ بالملكية الإتفاقي من خلال تقرير نفاذه قبل جماعة دائني المشتري المفلس والغير، وهذا ما تم الأخذ به فعلاً.

(تم بحمد الله)

قائمة المراجع

أولا: المراجع العربية

(أ) المراجع العامة

- اسماعيل غانم،، الوجيز في عقد البيع، القاهرة ١٩٦٣ .
- أنور سلطان، شرح عقدي البيع والمقايضة، الإسكندرية ١٩٩٢ .
- توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، الإسكندرية ١٩٧٠ .
- جلال علي العدوي، عقد البيع، الإسكندرية ١٩٨٨ .
- جميل الشرقاوي، البيع والمقايضة والإيجار، القاهرة ١٩٦٤ .
- حسام الأهواني: التأمينات العينية في القانون المدني الكويتي ١٩٨٥ . عقد البيع في القانون الكويتي ١٩٨٤ .
- حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، الإسكندرية ١٩٦٥ .
- سليمان مرقس، عقد البيع، القاهرة ١٩٩٠ .
- سمير تناغو، عقد البيع، الإسكندرية، منشأة المعارف.
- سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، الموجز في القانون التجارى، القاهرة ١٩٨٢ .
- سمير الشرقاوي، القاهرة ١٩٨٢ .
- شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، الإسكندرية ١٩٥٩ .
- عبد الرازق السنهوري، الوسيط، الأجزاء: الأول، الثاني، الثالث، الرابع، التاسع، العاشر.
- مصادر الحق في الفقه الإسلامي.
- عبد المنعم البدراوي، عقد البيع، القاهرة ١٩٦٠ .

- عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام البيع، القاهرة ١٩٨٤ .
- علي البارودي، القانون التجاري، الإسكندرية ١٩٧٥ .

(ب) المراجع المتخصصة والأبحاث

- إبراهيم الدسوقى أبو الليل، البيع، بالتقسيط والبيوع الإئتمانية الأخري، الكويت، ١٩٨٤ .

الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية، القاهرة ١٩٨٢ .
- أحمد إبراهيم حسن، التصرف الإئتماني أو نقل الملكية علي سبيل الضمان، الإسكندرية ١٩٩٠ .
- محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء، القاهرة ١٩٨٧ .
- محمد علي شحاتة، البيع والشراء التأجيري والبيع الإئتماني، القاهرة ١٩٦٢ .
- نبيل ابراهيم سعد: التنازل عن العقد، منشأة المعارف ,١٩٨٥
- نحو قانون خاص بالإئتمان: منشأة المعارف ١٩٩١ .
- الضمانات غير المسماة في القانون الخاص ١٩٩٢ .

(جـ) كتب وأبحاث المولف

نظرية القانون، نظرية الحق، النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام، أحكام الإلتـزام)، قانون الإثبات، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، أحكام البيع، أحكام التأمين، أحكام الإيجار، قانون العمل، قانون التأمين الإجتماعي، الحقوق العينية الأصلية، النظرية العامة للإئتمان، القانون الزراعي، مبادئ القانون.

المسئولية الطبية، المسئولية المعمارية، المسئولية عن حوادث السيارات، تدخل السيارة فى حادث المرور، المضرور المستفيد من التأمين الإجباري علي السيارة، دور القاضي إزاء الشرط الصريح الفاسخ، ضمان صلاحية

المبيع للعمل مدة معلومة، مسكن الزوجية، بطلان البيع الثاني، النظام القانوني للعاملين في المناطق الحرة، شرط الإحتفاظ بالملكية. استرداد هدايا الخطبة.

ثانياً : المراجع الفرنسية

(A) Ouvrages Généraux

- Atias Chr., Droit Civil, les biens., Vol. 1980.
- Cabrillac M. et Mouly C., Droit des sûretes, Litec. 1990.
- Carbonnier, Droit Civil, T. 111, Thèmis.
- Enc. Dalloz, Rep. Civ. V" Revendication, Vente, Cession de Contrat.
- Enc. Dalloz, Rep. Com. V. Faillite personnelle- Réglement judiciaire- Liquidation des biens-Effets- Crédit-bail-Paiement.
- Gavalda et Stouffler, Droit de la Banque, Themis 1974.
- Ghestin et Goubeaux, Traité de Droit Civil,T. 1, Introduction Générale, L.G.D.J. 1977.
- Ghestin et Desché, La Vente, 1990.
- Guyon, Droit des Affaires, 1989.
- Hemard J. Traité theorique et pratique de droit Commercial 1953.
- Jcl. Civ. -Not. Vente- Transport de Créance.
- Jeantin M. Droit Commercial. Dalloz, 1990.
- Lescot et Rablot, Les effets de Commerce 1953.
- Marty et Rayynaux, Vol. 3, Les Sûtetés et la publicité foncière.
- Mazeaud H. L et J., Leçons de Droit Civil, par Juglart, 4 e éd., T. 3.
- Planiol et Ripert, Traité de droit Civil, par Hamel Givord et Tunc T.X. 1956.

- Ripert et Rablot, Traité élémentaire de Droit Commercial, éd. 1973, 1990.
- Rablot, Les effets de Commerce, Sirey 1975.
- Soinne. Traité des procédures Collectives, Litec 1987.
- Thuillier H. Enc. Dalloz, Rep. civ., V. privileges mobiliers.
- Weill, les biens, 1970.

(B) Ouvrages Spécialisés

- Aubert, Le droit de disposer de l'immeuble in Etudes offers à Jacques Flour, Rep. Not. Def. 1979.
- Broca, Manuel de la Cluse de reserve de propriété 1982.
- Cabrillac M., la protection du Créancier dans les sûretés mobilières Conventionnelles sans dépossession, préface de E. Becqué, S. 1954.
- Centre de droit de l'entreprise, la Clause de résérve de propriété, Paris 1980.
- Chaput Y., Droit de redressement et de la liquidation judiciaires, 2eme éd.
- Les Sûretés négatives: Annales de la faculté de Droit Clermont 19754. 158.
- Carbonnier, l'influence du paiement prix sur le transfert de la propriété dans la Vente, in travaux et Conférences de l'Université libre de Bruxelles, T.VII, Bruxelles 1960.
- Crémieux-Israël, Leasing et Crédit-bail Immobilier, Ed. Dalloz, 1975.
- Cerexhe E et Danse A. La Vente a temperament et son financement dans le marché Commun. T. I(Le Droit Français), T.II(les droits belge et Luxemourgeois), T.III (Les droits Allemand, Italien et Neerlanais). Travaux de la Facultés de droit de Namur, 1970.

- Coppens, Idées nouvelles dans le droit de la faillite, Travaux de la quatrième journée d'études juridiques Jean Dabin, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Brylant, Bruxelles 1969.
- Dagot M. La Vente d'immeuble à Construire, Litec, 1983.
- Derrida F., P. Gode et J.P. Sortas, Redressement et liquidation judiciaire des entreprises, 2e . éd.
- Derruppé J., De la fiducie au Crédit bail, P.U.F. 1983.
- Ghestin, Conformité et garanties dans la Vente, 1983.
- La transmission des obligations, Travaux des IXjournées d'etudes, Jean Dabin, Louvain 1980.
- Godé, Volonté et manifestations tacites, Travaux et Recherches de l'université de Lille II, P.U.F. Paris, 1977.
- Legeais, Les garanties Conventionnelles sur Créances 1986.
- Loussouarn, Le transfert de propréte par l'effet des Contrats, Cours de doctorat, droit privé, Paris 1969-1970.
- Malaurie Ph., La Cession de Contrat, Cours doctorat, Paris11,1975-1976.
- Margellos, La protection du Vendeur d'objets mobilièrs Corporels à travers la Clause de reserve de propriété, étude de droit Comparé, 1990.
- Mestre J., La subrogation personnelle, L.G.D.J. 1979.
- El Mokhtar Bey, De la symbiotique dans les leasing et Créditbail mobiliers, Dalloz, 1970.
- Pillebout, Recherches sur l'exception d'inexécution, Paris 1971.
- Raynaud, P. Les Contrats ayant pour objet une obligation, Cours D.E.A, Paris 11, 1977-1978.
- Roubier P., Droit subjectif et situation juridiques, Dalloz, 1963.

- Sommade R., La Vente à Crédit, Paris 1959.
- Teyssie B., Les groupes de Contrats, L.G.D.J. 1975.
- Vasseur et Marin, Le Chéque, Sirey 1967. T.11.

(C) Thèse

- Atias Ch., le transfert Conventionnel de propitété immobilière, Poitiers, 1974.
- Bonhomme J., Le transfert des risques dans vente de meubles Corporels, thèse dact. Montpellier, 1978.
- Derruppé J. La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droit réels et des droits de Créance, Toulouse 1952.
- Dypeyron Ch., la régulation des actes nuls, Toulouse, L.G.D.J. 1973.
- Gerbay ph. Moyens de pression privés et exécution du Contrat Dijon, 1976.
- Goubeaux G., La régle de l'accessoire en droit privé, Nancy 1969, L.G.D.J. préface D. Tallon.
- Guerriers M.A., l'acte juridique solennel, Toulouse 1975 L.G.D.J.
- Lauriol M., la subrogation réelle, Paris, Sirey, 1954.
- Pastaud P., L'efficacité des sûretés réelles en droit des affaires, thèse Limoges 1977.
- Pérochon F., La réserve de propriété dans la Vente de meubles Corporels, Litec 1988.
- Pillebout J.F,m recherches sur l'exception d'inexecution. Paris 11,1971, préface P. Raynaux.
- Reymond de Gentile, Le principe de l'égalité entre les créanciers Chirographaires, Surey 1973.
- Shulze E., Clause de réserve de propriété en droit Civil et international privé franco-Allemand Comparé, Paris 1958.

- Taisne J.J., La notion de Condition dans les actes juridiques, Thèse, Lille 1977.
- Terre F., L'influence de la Volonté individuelle sur les qualifications, L.G.D.J. 1956.
- Verdier J.M., Les droits éventuels, Contribution à l'etude de la formation successives des droits, thèse, Paris, 1955.
- Witz, La fiducie en droit privé français, Strasbourg, 1979.
- Zampou Téné-Boukhari, La reserve de propriété dans les Ventes à Crédid contribution à la garantie du Crédit mobilier par la propriété. Strasbourg, 1984.

(D) Articies, Rapports, Colloque, Congrés

- Le A.N.C.J. Congrés d'octobre, Gaz.Pal. 4 mars 1980.
- Acquaviva et Bacrot, la Clause de résérve de propriété en droit des affaires, Gaz.pal., 30 nov., 13 déc 1980.
- Aynés L., Les garanties du financement, Rapport de synthèse presenté au Congrès des notaire 1980, Defrénois 1980.
- Beneza, Reserve de propriéré et procédures Collectives, Gaz.Pal. 1989.1.
- Bey E.M., La propriété, le Crédit envisagé Comme une sûreté, in l'evolution du droit des sûretés, R. Jur. Com. fév. 1982.
- Bloch P., L'obligation de transférer la propriété dans la Vente, R.T.D. Civ 1988. 673.
- Cabillac M., Les accessoires de la Créance, in Mélanges A. Weill, P.107.
- Bouloc B. Les problemes juridiques et financiers posés par la vente à Crédid, R. int. d. comp. 25e année, n. 3 juill-sept. 1973.
- Calendini J.M., La juridication Cometente pour Connaure d'une revendication revendication reposant sur une Clause de réserve de propriété, Petites Affiches, 21 oct. 1983.

- Catala N., Fanjou, De la nature juridique du droit de rétention, R.T.D. Civ. 1967.
- Chaput, La Clause de réserve de propriété, J.C.P. 1981.1.3017.
- La transmission de obliogations en droit bancaire français, in le transmission des obligations, IX journées d'etudes juridiques J/Dabin, L.G.D. J 1980.
- Calloque sur "La Clause de réserve de propriété" organisé à Paris Les 25 et 26 sep. 1980 par l'institut français de la formation permanate.
- Dagot M., Sûretés immoblilièrs, publicité foncière et saisie immobilière, R. De droir immobilier, 1982,4.
- Dauphin H., La Clause de réserve de propriété dans la jurisprudence de la Cour de Cassation, in Rapport de la Cour de Cassation 1988.
- Deperez J. Les sanctions à l'inexecution des obligations Contractnelles en droit Civil et Commercial français in Trav, de l'assoc. de H. Capitant, T.XVOII, 1964.
- Delebècque ph., les sûretés dans les nouvelles procédures Collectives, J.C.P.n. 1986.1.186.
- Dèmoures Y., La Vente avec réserve de propriété, R.T.D. Com. 1982.33.
- Derrida F., La Clause de resrve de propriété et droit des procésures Collectives, D. 1980. 293.
- Denouin ph. Pour une analyse "Fonctionnelle" de la Condotopm, R.T.D. Civ. 1978.1.
- Duguet Ch., Rapport à la Conférence Générale des tribunaux de Commerce sur la réserve de propriété. Gaz.Pal., 8-10 juin 1980.
- Fangain P., Réseve de propriété. illusions sur ses effets économiques. Gaz.Pal. 1er juill. 1980.

- Falcon M., rapport sur "Le Crédit interentreprises" au C.N.P.F. 9 oct. 1978.
- Garein. La réserve de propriété et ses Conséquences économiques, Droit et affaire, P.324- Gaz.Pal. 19801.193.
- Gavalda C., Les aspects bancaires de la Clause de réserve de propriété, in act. de droit de l'entreprise. T.12., 1982.
- Genty, Conditions du banquier subrogé dans les droits du Vendeur de meubles Corporels, Banque et droit. 1988.47.
- Ghestin J., Reflexions d'un Civiliste sur La Clause de reserve de propriété, D. 1980.1.
- Ghestin et Jamin, la protection du Vnedeur sous reserve de propriété et de l'entreprise en diffucilté, R.proc. Call., 1989.291.
- Gore F., :e tramsfert de la propriété dans les Ventes de choses de genre, D. 1954.175.
- Gozi A., Nature juridiques et transmisibilité de la Clause de reserve de propiété, D. 1986.317.
- Guyenot et A. Fresy, Similitudes et divergences de la Conception de la reserve de propiété en droit français et anglais 1984.1.116.
- Hémard. obs.R.T.D. Civ. 1980-632.
- Houin R., L'introduction de la Clause de réserve de propriété dans le droit français de la Taillit, J.C.P. 1980.2278.
- Jacquot, La Clause de réserve de propriété. Act. fid. 1980.3.
- Juan R., Conseils pour la rédaction d'une Clause de résérve de propriété, Gaz.Pal., 8 jan. 1981.5.
- quatre ans de jurisprudence sur la Clause de réserve de propriété, Chaires de d. de l'untrepr. 1987.4.
- Kergall J., La reserve de propriété. Les instruments de Crédit qui en de coulent et leurs effets économiques. Analyse financièere. 1er trim. 1979.51.

- Lancereau P., Les Contrats de la location Vente et de location assortie d'une promesse de Vente et la loi du 13 juill. 1979, R. immob. 1980.22.

- Larrouarn Y., La fiducie inspirée du trust, D. 1990.119.

- Loussouarn Y., Les résolutions amiables ou judiciaires de Ventes mobilieres pendant la période supecte, R.T.D. Com 1949.274.

- Lyonnet et B., Réflexions sue la proposition de loi adoptée par le Sénat, Gaz.Pal, 7 mars 1980.

- La faillite de la faillite, Gaz.Pal. 1980.119.

- Marmol Ch., La Clasue de reserve de propriété dans les Ventes de meubles Ann.dr.Com. 1939.177.

- Martel-Tribes A., Les Clause de reserve de propriété, des enseignements tirés d'un ehec, J.C.P. 1977.2875.

- Marty J.P., Les rapports de la Créance fondamentales et du titre avec la provision de la lettre de change, R.T.D. Com. 1978.307.

- Mayer P., Les Conflits de loi en matière de reserve de propriété aprés la loi du 12 mai 1980, J.C.P. 1980.11.13.

- Mesissner G., L'opposabilité de la propriété mobilière aux tiers en droit Allemand et spécialement de la reserve de la propiété Gaz. Pal 27juin 1972.369.

- Merle, l'intrepretaion jurispeudentielle de la Clause de reserve de propriété, Banque 1986.644.

- Millon, Rapport doc. n. 1492, Ass. Nat. 1er session 1979-1980.

- Mouly C., Procédures Collectives: assainin le régime des sûretés, Etudes R. R.ablot. 533.

- Mousseron, La Clause de réserve de propriété, Cahiers de droit de l'entreprise 1980.

Ortscheid, Possession et Clause de reserve de propriété en droit français et Allemand, R.int. d. Comp. 1983.767.

- Pédamon M.: La reserve de propriété en droit Allemand, Gaz.Pa. 6 jan 1981.P.5.
- Rapport au Congrès de l'Association nationale des Conseils juridiques à Strasbourg les 10 et 11 oct. 1980, Gaz.Pal des 2 et 4 déc. 1980.
- La reserve de propriété en droit Allemand et en droit français, R. Jur. Com., numéro spésial, fév. 1982.
- Des Clause résolutoires expresses pour Cause de faillite ou de réglement judiciaire dans les Ventes mobilieres, D.1963.145.
- Considerations Comparative, sur la loi du 12 mai 1980, Etude offertes à R.Rodière 1980.
- Pontavice, Intérêts et limites de la Clause de résérve de propriété, R. Banque, triage à part, 1982.79.
- queranet et Garcin, Les législations de la Vente dans les pays du marché Commun, gaz.Pal.8jam 1981.
- Roult J., Les Clauses par lesquelles le vendeur de meubles tente d'échapper à la loi du dividende, R. Gén.faillites, 1936.396.
- Regine J., Les Conseils pour la redaction d'une Clause de réserve de propriété, Gaz.Pal. 8 jan. 1981.
- Koure, Rapport à la Conférence Générale des tribunaux de Commerce à Versaille de nov.1980, Petites affiches, 12 jan 1981.
- Rudloff. M., au Sénat, 1er ses.ord. 1970-1980.
- Ruttimann, L'exercice suisse des resrve de propriété dans les Ventes, in Idéeds nouvelles dansle droit de la faillite.., Université de Louvain, Bruxelles 1969.
- Schmidt D., J. Hemmelé, L. Chopard, La Vente de son bien pae le Créancier proietaire, J.C.P. 1988, éd. E., 11.15309.
- Simont L. et J. de Gavre, Examen de juriprudence, R. Crit. jur belge, 1969-1975.

- Soinne, La transmission de la reserve de la propriété, gaz.Pal. 1985.187.
- Sorck M., Revendication des marchandises et sort d'un contrat de Vente Conclu avec une Clause de reserve de propiété. D. 1988.131.
- Stouffler, Vente avec réserve de propiété, utilisation de la réserve de propriété pour la garantie d'un Crédit acheteur in actualité de dr. de l'entrepris, T.12,2982.
- Stumpf, L'experience Allemande de la reserve de propriété, in idées nouvelles dans le droit de la faillite, Université de Louvain, Bruxelles 1969.
- Sydics d'Orleans, Congrés en oct. 1978, Gaz.Pal. 1978.2.607.
- Thieffry, La Clause de reserve de propriété serait-elle déja pleinement valable en Françe ou le sera-t-elle bientôt, Gaz. Pal 1980.1.193.
- Thibierge, L'autonomite du privilége du prêteur de deniers et les prêts à l'acquisition immobilière, Rép. Défrenois 1971,art.3007.
- Trigeau J.M., la reserve de propriété et le transfert de propiété, J.C.P. 1982.11.13744.
- Vallens, la Clause de reserve de propriété et la procédure de redressemnet judiciaire, J.C.P. 1986, Ed. E. 14651.
- Vasseur R.L., Un grave problème d'application de la loi Dailly.., D.1986.33D. 1982.227-J.C.P. 198.1.320.
- Von Breitenstein, La Clause de reserve de propriété et le risque d'une perte fortuite de la Chose Vendue, R.T.D. Com. 1980.43.
- Witz, Le droit des sûretés réelles mobilières en Requblique fédérale d'Allemagne., R. int. de d.Com. 1985.27.
- Les transfert fiduciaires à tite de garantie, in les opérations fiduciaires 1985.

(E) Note, Observations

- Auloy J.C., D. 1963-277.
- Beaubrun, D. 1981.212.
- Becque E., J.C.P. 1942.11.1815.
- Breau, D.1962,96.
- Cabrillac M., D. 1986.246.
- Chaput, J.C.P. 1984, éd C.I. 14271.
- Caporale, D. 1976.678.
- Bouzat, R. sc. crim., 1979.109.

Chassagnon Y., Gaz Pal, 28 juin 1981.

- Cornu, obs., R.T.D. Com. 1963.572-R.T.D. Civ. 1963.566.
- Dekeuwer F., R.D. banc. 1987-101-1989-142.
- Demogue, obs. R.T.D. Civ. 1953.694.
- Derrida, D. 1979.354,441.
  1986-109-1988.8-1985.258-1986-171-R.T.D. Com.1975.638.
- Fouchard, R. Crit de. int. pr.1971.75.
- Dureil. Gaz.Pal. 1983.2.620.
- Fouchard, R. Crit de. int. pr. 1971.75.
- Gallet C.H., R.J.Com. 1988.3- Journ. agrées 1988-269-1984.255.
- Ghestin. J.C.P. 1981.11.19615.
- Garcin et Thieffry, Gaz.Pal. 1983.1.161.
- Guérin, J.C.P.1966.11.14865--1969.11,15820.
- Gyon Y., D. 1980.138.
- Hemard, et Bouloc, obs., R.T.D. Com. 1986 (287-544)-1988 (199-285)-1987 (408-568-105-245) 1985(561) -1986 (148) 1984 (717) 1990 (285-435)

- Honorat. obs. D. 1980.187-1976. 70- Rep. not. Defrenois 1984.650.

- Houin, obs., R.T.D. Com 1963.333-1975. 638.

- Joly, J.C.P. 1987.327.

- Leloup, J.C.P. 1965.11.14331.

- Lucas de Lessac., D. 1976-407.

- Matzger, R. Crit d. int. privé 1974.100.

- Mestre J., R.J. Com. 1981. 378- Journ. agrées 1983.309-1984.327-R. jurispr. Com. 1983.309.

- Moore T.G. Gaz.Pal., 4 juill. 1980.

- Mourgeon, J.C.P. 1971.11.16674.

- Nast, D.P. 1938.1.92.

- Naguyen Phu Duc., D. 1977.702.

- Pérochon F., D. 1991.191- Petites Affiches, n. 16, 5 fév. 1990,P.14.

- Pontavice, Bull, du Conseil national des Commissaires aux Compte déc. 1975.472.

- Banque, nov. 1980.122.

- Reau, D. 1972.1.96.

- Roubier, J.C.P. 1942.11.2056.

- Salle de la Marnierre, D. 1933.1.65.

- Soinne, R. proc. Coll. 1986.36-1988-101.

- Thieffry J., Gaz. Pal. 18 et 19 déc. 1981.

- Wahl, D.P. 1894.1.413.

- Vendamme, D.P. 1934.1.151.

- Virassamy G., D.S. 1991.130.

- Von Brfitenstein, R.T.D Com. 1980-43.

- Viatte, Journ. not. 1979. art. 55059.

الفهرس

الفصل الثانى

الفصل الثالث


دار الجامعة الجديدة



دار الجامعة الجديدة
٣٨ شارع سوتير ـ الأزاريطة
الإسكندرية تليفاكس : ٤٨٦٨٠٩٩
E-mail : darelgamaaelgadida@hotmail.com


شرط الإحتفاظ بالملكية
2007
دار الجامعة الجديدة